



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 14. december 2017¹

Forenede sager C-331/16 og C-366/16

**K.
mod**

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg
(retten i første instans i Den Haag, tingstedet i Middelburg, Nederlandene))

**og
H.F.**

mod

Belgische Staat

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i
udlændingeretlige sager, Belgien))

»Præjudiciel forelæggelse – unionsborgerskab – direktiv 2004/38/EF – artikel 27, stk. 2 –
begrænsning af retten til fri bevægelighed og ophold af hensyn til den offentlige orden eller den
offentlige sikkerhed – reel, umiddelbar og tilstrækkelig trussel, der berører en grundlæggende
samfundsinteresse – person, der er udelukket fra at blive anerkendt som flygtning af de grunde, der
fremgår af Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), og artikel 12, stk. 2, litra a), i direktiv
2011/95/EU – proportionalitet – artikel 28, stk. 1, og artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38/EF –
artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – krav på respekt for
privatlivet og familielivet«

I. Indledning

1. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (retten i første instans i Den Haag, tingstedet i Middelburg, Nederlandene) og Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager, Belgien) har anmodet Domstolen om en fortolkning af artikel 27, stk. 2, artikel 28, stk. 1, og artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38/EF², sammenholdt med artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) og artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«).

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Parlamentets og Rådets direktiv af 29.4.2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (EUT 2004, L 158, s. 77).

2. Disse anmodninger om præjudiciel afgørelse er indgivet i forbindelse med tvister, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt begrænsende foranstaltninger, der indskrænker den i direktiv 2004/38 fastsatte ret til fri bevægelighed og ophold, og som er truffet over for personer, der, før de har opnået status som unionsborger eller familiemedlem til en unionsborger, er blevet udelukket fra at blive anerkendt som flygtninge i henhold til artikel 1(F), litra a), i Genèvekonventionen om flygtnings retsstilling (herefter »Genèvekonventionen«), er forenelige med de i punktet ovenfor nævnte bestemmelser³.

3. Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), hvis ordlyd er gentaget i artikel 12, stk. 2, litra a), i direktiv 2011/95/EU⁴, udelukker de asylansøgere, om hvem der findes tungtvejende grunde til at antage, at de pågældende har begået en forbrydelse mod freden, en krigsforbrydelse eller en forbrydelse mod menneskeheden, fra den beskyttelse, der følger af Genèvekonventionen.

4. De forelæggende retter ønsker nærmere bestemt oplyst, om og på hvilke betingelser den omstændighed, at den udelukkelsesgrund, der er fastsat i denne konventions artikel 1(F), litra a), tidligere er blevet anvendt på en person, kan begrunde en begrænsning i den ret til fri bevægelighed og ophold, som den pågældende er tillagt i henhold til direktiv 2004/38.

II. Retsforskrifter

A. International ret

5. I Genèvekonventionens artikel 1(A) defineres bl.a. begrebet »flygtning«, idet samme konventions artikel 1(F) bestemmer:

»Denne konventions bestemmelser skal ikke finde anvendelse på den, om hvem der er alvorlig grund til at antage, at han:

- a) har begået en forbrydelse mod freden, en krigsforbrydelse eller en forbrydelse mod menneskeheden, således som disse forbrydelser er defineret i de mellemfolkelige aftaler, som er indgået for at træffe forholdsregler herimod
- b) har begået en alvorlig ikke-politisk forbrydelse udenfor tilflugtslandet, inden han som flygtning fik adgang til dette
- c) har gjort sig skyldig i handlinger, der er i strid med De Forenede Nationers mål og grundsatninger.«

3 – Denne konvention blev undertegnet i Genève den 28.7.1951 (*United Nations Treaty Series*, bind 189, s. 150, nr. 2545 (1954)) og trådte i kraft den 22.4.1954. Den er blevet suppleret af protokollen om flygtninges retsstilling, der blev undertegnet i New York den 31.1.1967, og som trådte i kraft den 4.10.1967.

4 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.12.2011 om fastsættelse af standarder for anerkendelse af tredjelandstatsborgere eller statsløse som personer med international beskyttelse, for en ensartet status for flygtninge eller for personer, der er berettiget til subsidier beskyttelse, og for indholdet af en sådan beskyttelse (EUT 2011, L 337, s. 9). Denne bestemmelse gentager artikel 12, stk. 2, litra a), i Rådets direktiv 2004/83/EF af 29.4.2004, om fastsættelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse (EUT 2004, L 304, s. 12), der fandt anvendelse på tidspunktet for de relevante faktiske omstændigheder, og som blev erstattet af direktiv 2011/95.

B. EU-retten

1. Direktiv 2004/38

6. Artikel 27, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/38 bestemmer:

»1. Med forbehold af bestemmelserne i dette kapitel kan medlemsstaterne begrænse den frie bevægelighed og ophold for en unionsborger eller et familiemedlem uanset nationalitet af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Der må ikke lægges økonomiske betragtninger til grund.

2. Foranstaltninger truffet af hensyn til den offentlige orden eller sikkerhed skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og kan udelukkende begrundes i vedkommendes personlige adfærd. En tidligere straffedom kan ikke i sig selv begrunde anvendelsen af sådanne foranstaltninger.

Den personlige adfærd skal udgøre en reel, umiddelbar og tilstrækkelig alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse. Begrundelser, der ikke vedrører den individuelle sag, eller som har generel præventiv karakter, må ikke anvendes.«

7. Dette direktivs artikel 28 bestemmer:

»1. Værtsmedlemsstaten skal, før den træffer afgørelse om udsendelse med begrundelse i den offentlige orden eller sikkerhed, bl.a. tage hensyn til varigheden af den pågældendes ophold på værtsmedlemsstatens område, den pågældendes alder, helbredstilstand, familiemæssige og økonomiske situation samt sociale og kulturelle integration i værtsmedlemsstaten og tilknytning til hjemlandet.

2. Værtsmedlemsstaten må ikke træffe en udsendelsesafgørelse vedrørende en unionsborger eller dennes familiemedlemmer, uanset nationalitet, når de har opnået ret til tidsubegrænset ophold på værtsmedlemsstatens område, medmindre det skyldes alvorlige hensyn til den offentlige orden eller sikkerhed.

3. Der må ikke træffes en udsendelsesafgørelse i forhold til en unionsborger, medmindre afgørelsen er bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed som fastlagt af medlemsstaten, hvis de:

a) har haft ophold i værtsmedlemsstaten i de ti forudgående år

[...]«

2. Direktiv 2011/95

8. Artikel 12, stk. 2, i direktiv 2011/95 bestemmer:

»En tredjelandstatsborger eller statsløs er udelukket fra at blive anerkendt som flygtning, hvis der er tungtvejende grunde til at antage at

a) den pågældende har begået en forbrydelse mod freden, en krigsforbrydelse eller en forbrydelse mod menneskeheden, som defineret i de internationale instrumenter, der er udarbejdet for at træffe forholdsregler mod sådanne forbrydelser

[...]«

C. National ret

1. *Nederlandsk ret*

9. Artikel 67 i Vreemdelingenwet (lov om udlændige) af 23. november 2000 (herefter »den nederlandske udlændingelov«) bestemmer:

»1. Medmindre afdeling 3 finder anvendelse, kan [Minister van Veiligheid en Justitie (justitsministeren, Nederlandene) erklære udlændingen for uønsket:

[...]

e. af hensyn til Nederlandenes internationale forbindelser

[...]

3. Uanset artikel 8, kan en udlænding, der er erklæret uønsket, ikke have lovligt ophold.«

2. *Belgisk ret*

10. Det fremgår af artikel 40a, stk. 2, i wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (lov om udlændinges adgang til, ophold og bosættelse i samt udsendelse) af 15. december 1980 (herefter »den belgiske udlændingelov«), i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de relevante faktiske omstændigheder i sag C-366/16, at bl.a. personer, som er beslægtede i opstigende linje med en unionsborger eller dennes ægtefælle, og som forsørges af unionsborgeren og dennes ægtefælle, anses for familiemedlemmer til en unionsborger.

11. Denne lovs artikel 43 gennemfører artikel 27 i direktiv 2004/38 i belgisk ret.

III. Tvisterne i hovedsagerne, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

A. Sag C-331/16

12. K. har statsborgerskab i såvel Bosnien-Hercegovina som Kroatien. Han indrejste i Nederlandene i 2001 sammen med sin ægtefælle og deres ældste søn. Det fremgår af det af den forelæggende ret oplyste, at K. siden indreisen har haft ophold i denne medlemsstat uden afbrydelse. Hans yngste søn blev født i Nederlandene i 2006.

13. K. indgav en første ansøgning om asyl umiddelbart efter, at han indrejste i Nederlandene i 2001. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (statssekretæren for sikkerheds- og justitsspørgsmål i Nederlandene, herefter »den nederlandske Staatssecretaris«) afslog denne ansøgning ved afgørelse af 15. maj 2003. Denne afgørelse var baseret på, at der forelå tungtvejende grunde til at antage, at K. i det tidligere Jugoslavien havde begået forbrydelser, der var omfattet af Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a) og b), i perioden fra april 1992 til februar 1994. Den nævnte afgørelse er blevet endelig, idet Raad van State (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Nederlandene) ved dom af 21. februar 2005 stadfæstede denne afgørelse.

14. I 2011 indgav K. en ny asylansøgning, som den nederlandske Staatssecretaris også afslog ved afgørelse af 16. januar 2013, idet den henviste til de udelukkelsesgrunde, der er fastsat i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a) og b). Denne afgørelse var ledsaget af et forbud mod at indrejse i Nederlandene i en periode på ti år. Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) stadfæstede den nævnte afgørelse ved dom af 10. februar 2014, hvorefter denne afgørelse blev endelig.

15. K. klagede endvidere til den nederlandske Staatssecretaris over det forbud mod at indrejse i Nederlandene, der var blevet udstedt til ham. Ved afgørelse af 22. juli 2015 ophævede denne myndighed indrejseforbuddet og traf i stedet afgørelse om at erklære K. for uønsket i henhold til den nederlandske udlændingelovs artikel 67, stk. 1, litra e). Denne afgørelse blev truffet som følge af, at K. havde opnået status som unionsborger som følge af, at Republikken Kroatien den 1. juli 2013 tiltrådte Den Europæiske Union. En erklæring om, at en person er uønsket, kan i modsætning til et indrejseforbud, der kun kan pålægges tredjelandsstatsborgere, nemlig vedtages i forhold til en unionsborger.

16. K. klagede til den nederlandske Staatssecretaris over denne erklæring om, at han var uønsket. Denne klage blev afslået ved afgørelse af 9. december 2015 (herefter »den omtvistede afgørelse i sag C-331/16«).

17. I denne afgørelse henviste den nederlandske Staatssecretaris til afgørelserne af 15. maj 2003 og 16. januar 2013, hvorved denne myndighed havde afslået de af K. indgivne asylansøgninger. Denne myndighed henviste til den første af disse afgørelser og til det forslag, der førte til vedtagelsen af denne afgørelse, og fastslog, at K. måtte have haft kendskab (»knowing participation«) til de krigsforbrydelser og de forbrydelser mod menneskeheden, som særlige enheder fra den bosniske hær, hvori K. deltog, havde begået, og at K. personligt havde deltaget i disse forbrydelser (»personal participation«).

18. Den nederlandske Staatssecretaris fastslog alene på grundlag af disse tidligere konstateringer, at K. i kraft af sin tilstedeværelse i Nederlandene skadede denne medlemsstats internationale forbindelser. Ifølge denne myndighed skulle det undgås, at Nederlandene blev værtsland for personer, om hvilke der var alvorlig grund til at antage, at de har gjort sig skyldige i en af de former for adfærd, der er omhandlet i Genèvekonventionens artikel 1(F). Beskyttelsen af den offentlige orden og den offentlige sikkerhed krævede endvidere, at der blev iværksat alle de tiltag, der var nødvendige for at forhindre, at nederlandske statsborgere måtte komme i kontakt med sådanne personer, og navnlig at ofrene for de forbrydelser, som K. blev foreholdt, eller deres familiemedlemmer blev konfronteret med ham i Nederlandene.

19. Den nævnte myndighed konkluderede på baggrund af de ovenfor anførte betragtninger, at K. udgjorde en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berørte en grundlæggende samfundsinteresse i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38.

20. Den nederlandske Staatssecretaris henviste til støtte for denne konklusion til de domme, som Raad van State (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) afsagde den 12. september 2008⁵, den 16. juni 2015⁶ og den 21. august 2015⁷. Denne domstol fastslog i disse domme under henvisning til den særlige alvor af de forbrydelser, der er nævnt i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), at den trussel mod en grundlæggende samfundsinteresse, som tilstedeværelsen af en person, der er udelukket fra at blive anerkendt som flygtning i henhold til denne bestemmelse, medfører, efter sin art var permanent. Den nævnte domstol bemærkede, at det for at foretage en konstatering af, at der foreligger en sådan trussel, ikke var nødvendigt at foretage en vurdering af, hvilken adfærd den pågældende sandsynligvis ville udvise i fremtiden.

5 – NL:RVS:2008:BF1415.

6 – NL:RVS:2015:2008.

7 – NL:RVS:2015:2737.

21. Den nederlandske Staatssecretaris bemærkede videre, at retten til respekt for privatliv og familieliv, der er fastsat i EMRK's artikel 8, ikke var til hinder for, at K. kunne erklæres for uønsket.

22. K. anlagde sag ved Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (retten i første instans i Den Haag, tingstedet i Middelburg), til prøvelse af den omtvistede afgørelse i sag C-331/16.

23. Denne ret ønsker i denne forbindelse *for det første* oplyst, om denne afgørelse er forenelig med artikel 27, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/38. Når der navnlig henses til det tidsrum, der er forløbet fra det tidspunkt, hvor K. angiveligt begik forbrydelser, som er omfattet af de kategorier, der er nævnt i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a) og b), ønsker den nævnte ret i det væsentlige oplyst, om den omstændighed, at der foreligger tungtvejende grunde til at antage, at K. har begået sådanne forbrydelser, er tilstrækkelig til at begrunde, at hans tilstedeværelse i Nederlandene udgør en »reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i dette direktivs artikel 27, stk. 2, andet afsnit. Den nævnte ret har endvidere bemærket, at K. ikke har været genstand for en straffedom.

24. Den forelæggende ret er i denne forbindelse i tvivl om, hvorvidt denne bestemmelse er forenelig med den praksis fra Raad van State (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager), der er henvist til i punkt 19 i dette forslag til afgørelse, som ligger til grund for den omtvistede afgørelse i sag C-331/16. Denne tvivl vedrører såvel denne bestemmelses ordlyd som Domstolens praksis og navnlig Bouchereau-dommen⁸, B og D-dommen⁹, I-dommen¹⁰, og H.T.-dommen¹¹.

25. Den forelæggende ret har endvidere henvist til en dom afsagt i Belgien den 27. marts 2013 af Raad voor Vreemdelingebevestigingen (domstol i udlændingeretlige sager)¹², hvorved denne domstol fastslog, at de nederlandske myndigheders anvendelse af Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), som følge af de handlinger, som et familiemedlem til en unionsborger tidligere måtte have begået, ikke på nogen måde automatisk kunne føre til konstateringen af, at der forelå en trussel, som kunne begrunde, at den pågældende kunne nægtes retten til fri bevægelighed og ophold.

26. K. har endvidere inden for rammerne af det søgsmål, som han har anlagt til prøvelse af den omtvistede afgørelse i sag C-331/16, bl.a. anført, at begrebet »den offentlige orden« som omhandlet i artikel 27, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/38 ikke omfatter internationale forbindelser. Argumentet om, at enhver mulig kontakt mellem K. og et af hans ofre i sig selv vil udgøre en fare for den offentlige orden, indebærer en uforholdsmæssig udvidelse af dette begreb. Den nederlandske Staatssecretaris har under alle omstændigheder ikke givet en tilstrækkelig redegørelse for grundene til, at hans tilstedeværelse i Nederlandene vil skade denne medlemsstats internationale forbindelser. Denne myndighed har endvidere ikke ført et troværdigt bevis for, at K.'s ofre skulle befinde sig i Nederlandene.

27. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (retten i første instans i Den Haag, tingstedet i Middelburg), er *for det andet* i tvivl om, hvorvidt denne afgørelse er forenelig med de krav, der er nævnt i artikel 27, stk. 2, første afsnit, i direktiv 2004/38, hvorefter enhver begrænsning af en unionsborgers ret til bevægelighed og ophold skal være i overensstemmelse med

8 – Dom af 27.10.1977 (30/77, EU:C:1977:172, præmis 27-29).

9 – Dom af 9.11.2010 (C-57/09 og C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 103-105).

10 – Dom af 22.5.2012 (C-348/09, EU:C:2012:300, præmis 30).

11 – Dom af 24.6.2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, præmis 92).

12 – Dom nr. 99921.

proportionalitetsprincippet. Denne ret ønsker endvidere oplyst, om den nævnte afgørelse er forenelig med dette direktivs artikel 28, stk. 1, og artikel 28, stk. 3, litra a). Retten har i denne forbindelse henvist til punkt 3.3 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for en bedre gennemførelse og anvendelse af direktiv 2004/38 (herefter »Kommissionens retningslinjer«)¹³.

28. Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at K. og dennes familiemedlemmer er fuldstændigt integreret i det nederlandske samfund, idet de har boet i Nederlandene siden 2001, hvor K.'s anden søn er født, og hvor hans to sønner går i skole. K. har endvidere oplyst, at hans familie kun fik kroatisk statsborgerskab af rent tekniske grunde, idet Kroatien er et helt fremmed land for dem, eftersom de ikke på noget tidspunkt har haft ophold i Kroatien og ikke har familie dér. K. har videre anført, at Bosnien-Hercegovina ikke længere er et sted, hvor katolske kroater kan opbygge en eksistens, og at hans børn ikke har nogen tilknytning til dette land.

29. På denne baggrund har Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (retten i første instans i Den Haag, tingstedet i Middelburg), besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er det efter artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38 [...] tilladt, at en unionsborger som i denne sag, om hvem det retskraftigt er fastslået, at [Genève]konventionens artikel 1(F), litra a) og b), finder anvendelse på ham, erklæres for uønsket, idet den særlige alvor af de forbrydelser, som denne [...] bestemmelse [i Genèvekonventionen] vedrører, har ført til den konklusion, at det må antages, at den trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse, efter sin art er permanent?
- 2) Såfremt [det] første spørgsmål besvares benægtende, hvorledes skal det i forbindelse med en erklæring om, at en person er uønsket, afgøres, om den adfærd, der er udvist af den ovenfor nævnte unionsborger, som [Genève]konventionens artikel 1(F), litra a) og b), er erklæret anvendelig på, må anses for en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse? I hvilket omfang spiller det herved en rolle, at 1(F)-handlingerne som i det foreliggende tilfælde fandt sted for lang tid siden – her i tidsrummet 1992-1994?
- 3) På hvilken måde spiller proportionalitetsprincippet en rolle ved afgørelsen af, om en unionsborger, på hvilken [Genève]konventionens artikel 1(F), litra a) og b), er erklæret for anvendelig, således som det er tilfældet i denne sag, kan erklæres for uønsket? Skal de faktorer, der er nævnt i [...] artikel 28, stk. 1, [i direktiv 2004/38], herved eller uafhængigt heraf tages i betragtning? Skal der herved også eller uafhængigt heraf tages hensyn til den frist på ti års ophold i værtslandet, der omhandles i [det nævnte direktivs] artikel 28, stk. 3, litra a)? Skal der i deres helhed tages hensyn til alle de faktorer, der nævnes i punkt 3.3 i [Kommissionens retningslinjer]?«

B. Sag C-366/16

30. H.F. har oplyst, at han er afghansk statsborger. I 2000 indrejste han i Nederlandene og indgav en asylansøgning.

¹³ – Meddelelse til Europa-Parlamentet og Rådet af 2.7.2009 (KOM(2009) 313 endelig). I dette punkt opregnes de faktorer vedrørende den pågældendes personlige og familiemæssige forhold, der skal afvejes over for de grundlæggende samfundsinteresser, med henblik på at vurdere forholdsmæssigheden af en foranstaltning truffet af hensyn til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed for at beskytte disse interesser.

31. Immigratie- en Naturalisatiedienst (immigrations- og naturalisationstjenesten, Nederlandene, herefter »den kompetente nederlandske asylmyndighed«) besluttede ved afgørelse af 26. maj 2003 at udelukke H.F. fra at blive anerkendt som flygtning på grundlag af Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a). Ved afgørelse af 9. januar 2006 afslog denne myndighed at udstede en tidsbegrænset opholdstilladelse til ham på grundlag af EMRK's artikel 3. Disse to afgørelser blev stadfæstet ved dom og er blevet endelige.

32. Den nederlandske Staatssecretaris udstedte endvidere et indrejseforbud til H.F. På grundlag af denne afgørelse blev H.F. i 2013 og 2014 registreret for ubegrænset tid med afslag på adgang til og ophold i Schengen-området i henhold til artikel 24 i forordning (EF) nr. 1987/2006¹⁴.

33. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at H.F. ikke i Belgien eller Nederlandene har været genstand for en straffedom. H.F. har endvidere fremlagt en ren straffeattest fra det afghanske strafferegister.

34. H.F.'s ældste datter er nederlandsk statsborger. I 2011 tog H.F. og dennes datter ophold i Belgien, hvor datteren udøver økonomisk beskæftigelse.

35. H.F. indgav til den befuldmægtigede Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding (statssekretæren for asyl og migration, integration i samfundet og fattigdomsbekæmpelse, Belgien, herefter »den belgiske Staatssecretaris«) fire på hinanden følgende ansøgninger om opholdstilladelse. De tre seneste af disse ansøgninger vedrørte tildelingen af opholdstilladelse som familiemedlem til en unionsborger som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/38, og nærmere bestemt som slægtning i opstigende linje til H.F.'s ældste datter, der er nederlandsk statsborger og bosat i Belgien. Disse fire ansøgninger førte til afgørelser om afslag på opholdstilladelse og et påbud om at forlade Belgien.

36. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager) traf den 17. juni 2015 som svar på H.F.'s fjerde ansøgning om opholdstilladelse afgørelse om afslag på ophold, idet denne afgørelse var ledsaget af et påbud om at forlade Belgien. Efter denne dom traf den befuldmægtigede for den belgiske Staatssecretaris vedrørende H.F. den 8. oktober 2015 en ny afgørelse om afslag på ophold på mere end tre måneder uden påbud om at forlade det nationale område (herefter »den omtvistede afgørelse i sag C-366/16«). Denne afgørelse var truffet på grundlag af artikel 43 i den belgiske udlændingelov, som gennemfører artikel 27 i direktiv 2004/38 i belgisk ret.

37. Den befuldmægtigede for den belgiske Staatssecretaris lagde i forbindelse med denne afgørelse de oplysninger, der fremgik af sagsakterne i asylsagen vedrørende H.F., og som var indhentet med hans deltagelse, til grund. Det fremgår af disse sagsakter, at den kompetente nederlandske asylmyndighed konkluderede, at der forelå tungtvejende grunde til at antage, at H.F. havde begået forbrydelser som omhandlet i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a). H.F. havde angiveligt deltaget i krigsforbrydelser eller forbrydelser mod menneskeheden, eller havde givet ordre til udførelse af sådanne forbrydelser i kraft af de funktioner, som han varetog i Afghanistan. Han stod som politisk

14 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 20.12.2006 om oprettelse, drift og brug af anden generation af Schengen-informationssystemet (SIS II) (EUT 2006, L 381, s. 4). Denne forordnings artikel 24, stk. 1, bestemmer, at »[o]plysninger om tredjelandsstatsborgere, om hvilke der er foretaget en indberetning med henblik på nægtelse af indrejse eller ophold, optages på grundlag af en national indberetning, som bygger på en afgørelse truffet af de kompetente administrative myndigheder eller domstole i overensstemmelse med procedurebestemmelserne i national lovgivning på grundlag af en individuel vurdering«. Det fremgår af denne artikels stk. 2, at »[e]n indberetning optages, når den i stk. 1 omhandlede afgørelse bygger på, at den pågældende tredjelandsstatsborgers tilstedeværelse i medlemsstaten kan udgøre en trussel for den offentlige orden eller sikkerhed eller for den nationale sikkerhed«. Det fremgår af den nævnte artikels stk. 3, at »[e]n indberetning [...] ligeledes [kan] optages, når den i stk. 1 omhandlede afgørelse bygger på, at den pågældende tredjelandsstatsborger tidligere er blevet udsendt, afvist eller udvist, når den pågældende foranstaltning ikke er blevet udskudt eller suspenderet, og den indebærer eller er ledsaget af et indrejseforbud eller eventuelt et forbud mod at tage ophold som følge af en overtrædelse af de nationale bestemmelser om tredjelandsstatsborgeres indrejse eller ophold«.

sekretær i kontakt med KhAD, som var den afghanske sikkerhedstjeneste under det tidligere kommunistiske styre, og afgav i denne forbindelse indberetning om ikke-loyale medlemmer. H.F. bragte således de sidstnævnte medlemmer i en situation, hvor KhAD krænkede deres grundlæggende rettigheder.

38. Den befuldmægtigede for den belgiske Staatssecretaris fastslog, at den trussel for en grundlæggende samfundsinteresse, der udgår fra tilstedeværelsen i det belgiske samfund af en person, om hvem der foreligger tungtvejende grunde til at antage, at den pågældende har begået sådanne forbrydelser, efter sagens natur var permanent. Vurderingen af personens fremtidige adfærd var ikke af betydning i et sådant tilfælde, når der blev henset til arten og alvoren af de pågældende forbrydelser samt det tidspunkt, det sted og de omstændigheder, hvorunder de fandt sted. Det skulle derfor ikke sandsynliggøres, at den trussel, der udgik fra den nævnte persons adfærd, var permanent, eller at der bestod en gentagelsesrisiko.

39. Denne myndighed præciserede, at den omstændighed, at der nægtes opholdsret i et sådant tilfælde, tjener til beskyttelse af ofre for disse forbrydelser og dermed det belgiske samfund og den internationale retsorden. Det var af disse grunde i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet at nægte H.F. opholdsret.

40. H.F. anlagde sag Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager) til prøvelse af denne afgørelse med påstand om udsættelse af fuldbyrdelsen og annullation af denne afgørelse.

41. Denne domstol er i tvivl om, hvorvidt det argument, der er fremført i den omtvistede afgørelse i sag C-366/16, og for hvilket der er redegjort i punkt 38 i dette forslag til afgørelse, er foreneligt med artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38. Denne domstol har bemærket, at dette argument svarer til den tilgang, som Raad van State (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) i dom af 16. juni 2015¹⁵ har anlagt i Nederlandene.

42. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om en afgørelse om udelukkelse fra flygtningestatus, som en anden medlemsstat har truffet ca. ti år tidligere, fritager myndighederne i værtsmedlemsstaten fra at undersøge, om truslen fra den pågældendes adfærd er umiddelbar og reel. Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at en sådan afgørelse efter sin art vedrører faktiske omstændigheder, der fandt sted på et tidligere tidspunkt i den pågældendes oprindelsesland.

43. Denne ret har bemærket, at H.F. inden for rammerne af det søgsmål, der er anlagt til prøvelse af den omtvistede afgørelse i sag C-366/16, bl.a. har anført, at den afgørelse om udelukkelse fra flygtningestatus, som den kompetente nederlandske asylmyndighed traf, var baseret på urigtige oplysninger om Afghanistan.

44. Den nævnte ret ønsker endvidere oplyst, om den omtvistede afgørelse i sag C-366/16 er forenelig med retten til respekt for privatlivet og familielivet, der er fastsat i chartrets artikel 7 og EMRK's artikel 8.

45. På denne baggrund har Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager, Belgien) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal EU-retten, navnlig [...] artikel 27, stk. 2, [i direktiv 2004/38] alene eller i sammenhæng med chartrets artikel 7, fortolkes således, at en ansøgning om opholdstilladelse, som er indgivet af en tredjelandsstatsborger, som er familiemedlem til en unionsborger, der [inden for rammerne af familiesammenføring med denne statsborger] har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed og

¹⁵ – NL:RVS:2015:2008. Jf. punkt 21 i dette forslag til afgørelse.

etablering, kan afslås af en medlemsstat på grund af den trussel, som udgår fra tilstedeværelsen i samfundet af dette familiemedlem, som i en anden medlemsstat er blevet udelukket fra flygtningestatus i overensstemmelse med [Genève]konventionens artikel 1(F) og [...] artikel 12, stk. 2, [i direktiv 2011/95], fordi han har været involveret i faktiske omstændigheder i en konkret historisk-samfundsmæssig sammenhæng i oprindelsesstaten, hvorved antagelsen af, at truslen fra dette familiemedlems adfærd i opholdsmedlemsstaten er umiddelbar og reel, udelukkende støttes på en henvisning til afgørelsen om udelukkelse, uden at der herved sker en vurdering af risikoen for recidiv i opholdsmedlemsstaten?»

C. Retsforhandlingerne for Domstolen

46. Anmodningerne om præjudiciel afgørelse i sagerne C-331/16 og C-366/16 blev registreret på Domstolens Justitskontor henholdsvis den 13. juni 2016 og den 5. juli 2016. Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 21. juli 2016 blev de to sager forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt dommen.

47. K., den belgiske, den græske, den franske og den nederlandske regering, Det Forenede Kongeriges regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

48. K. og H.F., den belgiske, den franske og den nederlandske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen deltog i retsmødet, der blev afholdt den 10. juli 2017.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

49. K. og H.F., der på det tidspunkt, hvor de indrejste i Unionen, ikke var omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktiv 2004/38, ansøgte på dette tidspunkt om at blive anerkendt som flygtninge. De blev meddelt afslag på flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a) for H.F.'s vedkommende og i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a) og b) for K.'s vedkommende.

50. K. erhvervede derefter status som unionsborger som følge af, at Republikken Kroatien tiltrådte Unionen. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager) har oplyst, at H.F. fik status som familiemedlem til en unionsborger, efter at han var indrejst i Belgien, hvor han tog ophold hos sin datter, der er nederlandsk statsborger¹⁶. Disse ændringer i de pågældendes situation medførte, at direktiv 2004/38 finder anvendelse på K. og H.F.

16 – Det fremgår af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38, at dette direktiv »finder anvendelse på enhver unionsborger, der rejser til eller tager ophold i en anden medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger, samt familiemedlemmer som defineret i artikel 2, nr. 2), der ledsager unionsborgeren eller slutter sig til denne«. Det fremgår af dette direktivs artikel 2, nr. 2), litra d), at slægtninge i opstigende linje til en unionsborger kun anses for »familiemedlemmer«, når de forsørges af unionsborgeren. Det fremgår ikke af forelæggelsesafgørelsen, om H.F.'s datter forsørger H.F., således som han oplyste under retsmødet. Det fremgår imidlertid af denne afgørelse, at artikel 2, nr. 2), litra d), i direktiv 2004/38 finder anvendelse på H.F. (jf. punkt 35 i dette forslag til afgørelse), hvilket forudsætter, at denne betingelse er opfyldt. Domstolen er imidlertid i princippet forpligtet til at lægge de faktiske forudsætninger til grund, som den forelæggende ret finder godtgjort (jf. dom af 28.1.1999, van der Kooy, C-181/97, EU:C:1999:32, præmis 30, og i denne retning dom af 12.2.2009, Cobelfret, C-138/07, EU:C:2009:82, præmis 23). Det tilkommer i det foreliggende tilfælde alene den forelæggende ret at vurdere, om H.F. skal anses for familiemedlem til en unionsborger.

51. Selv om Genèvekonventionens artikel 1(F) fastsætter, at de personer, der er omfattet af denne bestemmelse, er udelukket fra at opnå flygtningestatus i denne konventions forstand, er denne artikel ikke til hinder for, at disse personer tildeles en særskilt opholdsret i forhold til den opholdsret, der følger af denne status, under forudsætning af, at denne opholdsret ikke indebærer en risiko for forveksling med den nævnte status¹⁷. Det er ikke blevet bestridt, at den omstændighed, at en person, der er udelukket fra flygtningestatus, tildeles en opholdsret som unionsborger eller som familiemedlem til en unionsborger, opfylder denne betingelse.

52. I det foreliggende tilfælde er den opholdsret, som K. og H.F. er tillagt i henhold til direktiv 2004/38, blevet begrænset af foranstaltninger af hensyn til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed som omhandlet i dette direktivs artikel 27, stk. 2, (herefter »de begrænsende foranstaltninger«)¹⁸. Disse foranstaltninger var baseret på den omstændighed, at asylmyndighederne i værtsmedlemsstaten (som i K.'s tilfælde) eller asylmyndighederne i en anden medlemsstat (som i H.F.'s tilfælde) tidligere havde truffet afgørelser om udelukkelse fra flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a).

53. De forelæggende retter ønsker nærmere bestemt oplyst, om de nævnte foranstaltninger er truffet under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, der, for så vidt som denne bestemmelse giver mulighed for at fravige de grundlæggende friheder, der er fastsat i EUF-traktaten, skal fortolkes strengt¹⁹.

54. De forelæggende retter har endvidere anmodet Domstolen om at oplyse, om de i hovedsagerne omhandlede begrænsende foranstaltninger er forenelige med retten til privatliv og familieliv i henhold til chartrets artikel 7 og EMRK's artikel 8. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (retten i første instans i Den Haag, tingstedet Middelburg), ønsker desuden oplyst, om den beskyttelse mod udsendelse, der er fastsat i det nævnte direktivs artikel 28, stk. 1, og artikel 28, stk. 3, litra a), finder anvendelse på en situation som den, K. befinder sig i.

B. Om konstateringen af, at der foreligger en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse

55. De forelæggende retter ønsker med det første og det andet spørgsmål, der er forelagt i sag C-331/16, og det spørgsmål, der er forelagt i sag C-366/16, nærmere bestemt oplyst, om og i givet fald på hvilke betingelser en medlemsstat kan fastslå, at tilstedeværelsen af en unionsborger eller et medlem af dennes familie på denne medlemsstats område udgør en »en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse« som omhandlet i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, med den begrundelse, at der tidligere er truffet en afgørelse om at udelukke den pågældende fra flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a).

56. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (retten i første instans i Den Haag, tingstedet i Middelburg), har desuden anmodet Domstolen om at oplyse, om det i denne forbindelse har betydning, at der er gået lang tid (i det foreliggende tilfælde mere end 20 år) fra det tidspunkt, hvor de forbrydelser, der har begrundet udelukkelsen fra flygtningestatus, angiveligt blev begået, og til det tidspunkt, hvor den omhandlede begrænsende foranstaltning blev truffet. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager) ønsker oplyst, om det er nødvendigt

17 – Jf. dom af 9.11.2010, B og D (C-57/09 og C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 115-120). Domstolen bemærkede i denne dom, at direktiv 2011/95, ligesom Genèvekonventionen, tager udgangspunkt i princippet, hvorefter medlemsstaterne i overensstemmelse med deres nationale lovgivning kan indrømme en anden form for beskyttelse end den, der følger af dette direktiv eller denne konvention, og som gør det muligt for personer, der er udelukket fra at blive anerkendt som flygtninge, at opholde sig på disse medlemsstats områder.

18 – Jf. analogt dom af 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, præmis 21).

19 – Jf. bl.a. dom af 13.9.2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis). I dom af 29.4.2004, Orfanopoulos og Oliveri (C-482/01 og C-493/01, EU:C:2004:262, præmis 65), fastslog Domstolen, at undtagelser til de rettigheder, der er knyttet til en persons status som unionsborger, skal fortolkes »særlig strengt«.

at foretage en vurdering af, om der foreligger en risiko for, at den pågældende i værtsmedlemsstaten vil gentage en af de handlinger, der er nævnt i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), når det tages i betragtning, at den pågældende begik disse handlinger i oprindelseslandet i en specifik historisk og social sammenhæng.

57. Disse spørgsmål afspejler den tvivl, som de forelæggende retter har med hensyn til, om begrundelsen for de omtvistede afgørelser, hvorved det er fastslået, at den omstændighed, at Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), tidligere er blevet anvendt som følge af den særlige alvor af de forbrydelser, som denne bestemmelse vedrører, indebærer, at den pågældendes tilstedeværelse på værtsmedlemsstatens område udgør en trussel, der »efter sin art er permanent«, er forenelig med artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38²⁰.

58. Vurderingen af, om der foreligger en trussel i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, forudsætter for det første, at der kan identificeres en »grundlæggende samfundsinteresse«, hvis beskyttelse er nødvendig af hensyn til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed. I det foreliggende tilfælde har K. anført, at beskyttelsen af de interesser, der er påberåbt til støtte for de omtvistede afgørelser, ikke er omfattet af begrebet »den offentlige orden« eller »den offentlige sikkerhed« i denne bestemmelses forstand. Jeg vil indlede min redegørelse med at afvise dette argument (afsnit 1).

59. Konstateringen af, at der foreligger en sådan trussel, indebærer for det andet, at den berørte medlemsstat skal begrunde, hvorledes den pågældendes handlinger i et konkret tilfælde udgør en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod disse interesser. Jeg vil nedenfor redegøre for, hvilke konsekvenser dette krav har for situationer som dem, der foreligger i hovedsagerne (afsnit 2).

1. Om fastlæggelsen af en »grundlæggende samfundsinteresse«, der skal beskyttes af hensyn til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed

60. Det følger af fast retspraksis, at begreberne »den offentlige orden« og »den offentlige sikkerhed« som begrundelse for at fravige retten til fri bevægelighed og ophold for unionsborgere eller deres familiemedlemmer skal fortolkes strengt, således at deres rækkevidde ikke kan bestemmes ensidigt af medlemsstaterne uden EU-institutionernes kontrol. EU-retten fastsætter imidlertid ikke krav om anvendelsen af en ensartet værdiskala og anerkender, at hensynene til den offentlige orden og den offentlige sikkerhed kan variere fra land til land og fra periode til periode. Medlemsstaterne har i det væsentlige frihed til at bestemme indholdet af disse krav i overensstemmelse med deres nationale behov²¹.

61. Domstolen har i lyset af disse principper allerede fastslået, at hensynene til den offentlige orden og den offentlige sikkerhed i disse bestemmelses forstand, der gør det muligt at begrænse de nævnte friheder, ikke kun har til formål at beskytte freden og befolkningens direkte fysiske sikkerhed mod risikoen for udførelsen af forbrydelser.

62. Domstolen har således fastslået, at begrebet »den offentlige sikkerhed«, der omfatter såvel den berørte medlemsstats indre og ydre sikkerhed, bl.a. omfatter »en trussel mod de grundlæggende offentlige institutioners og tjenesters funktionsmåde eller befolkningens overlevelse samt risikoen for en alvorlig forstyrrelse af de internationale relationer eller af nationernes fredelige sameksistens eller en trussel mod militære interesser«²².

20 – Hvad angår den omtvistede afgørelse i sag C-331/16 udspringer denne begrundelse af visse domme, der er afsagt af Raad van State (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager), og hvortil der henvises i denne afgørelse (jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse).

21 – Jf. bl.a. dom af 28.10.1975, Rutili (36/75, EU:C:1975:137, præmis 26 og 27), af 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, præmis 33 og 34), og af 22.5.2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

22 – Jf. bl.a. dom af 13.9.2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

63. Selv om hensynene til den offentlige sikkerhed ikke omfatter økonomiske interesser²³ eller den simple forebyggelse af forstyrrelser af samfundsordenen, som enhver lovovertrædelse indebærer²⁴, omfatter disse hensyn beskyttelsen af de forskellige interesser, som den berørte medlemsstat anser for grundlæggende for dens eget værdisystem. Domstolen har navnlig fastslået, at en medlemsstat har mulighed for under visse omstændigheder af hensyn til den offentlige orden at påberåbe sig beskyttelsen af en grundlæggende interesse, der ligger så langt fra fred og befolkningens direkte fysiske sikkerhed som nødvendigheden af at sikre inddrivelse af fordringer i forbindelse med skatter og afgifter²⁵.

64. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen i sag C-331/16, var de begrænsende foranstaltninger, der blev truffet over for K. i det foreliggende tilfælde, *for det første* baseret på en nederlandsk lovbestemmelse, der gjorde det muligt at erklære en udlænding for uønsket »af hensyn til Nederlandenes internationale interesser«. Den nederlandske Staatssecretaris henviste i denne forbindelse til nødvendigheden af at undgå, at denne medlemsstat bliver værtsland for personer, der mistænkes for forbrydelser mod freden, krigsforbrydelser eller forbrydelser mod menneskeheden. Det fremgår i tråd hermed af forelæggelsesafgørelsen i sag C-366/16, at den begrænsende foranstaltning, der blev truffet over for H.F., navnlig havde til formål at beskytte den internationale retsorden.

65. Den franske regering har i denne forbindelse anført, at tilsvarende foranstaltninger også kan opfylde hensynet om at fastsætte strenge bestemmelser til beskyttelse af de grundlæggende værdier i det franske samfund og den internationale retsorden, som omhandlet i artikel 21, stk. 1, TEU. Sådanne bestemmelser er nødvendige for at bidrage til opretholdelsen af den sociale sammenhængskraft og den offentlige tillid til rets- og immigrationssystemerne, således som Det Forenede Kongeriges regering også har anført. Det Forenede Kongeriges regering har endvidere henvist til hensynet om at bevare troværdigheden af Unionens og medlemsstaternes forpligtelser for så vidt angår beskyttelsen af de grundlæggende værdier, der er omhandlet i artikel 2 og 3 TEU²⁶.

66. *For det andet* har den nederlandske Staatssecretaris begrundet den i denne sag omhandlede begrænsende foranstaltning i nødvendigheden af at forhindre, at den nederlandske befolkning kommer i kontakt med sådanne personer, og navnlig at deres eventuelle ofre eller familiemedlemmer bliver konfronteret med dem. Det fremgår tilsvarende af forelæggelsesafgørelsen i sag C-366/16, at den omtvistede afgørelse i denne sag havde til formål at beskytte ofrene mod de personer, der er udelukket fra flygtningestatus, og det belgiske samfund.

67. Den nederlandske regering og Det Forenede Kongeriges regering har i denne forbindelse tilføjet, at vedtagelsen af begrænsende foranstaltninger over for unionsborgere eller deres familiemedlemmer, der er blevet udelukket fra flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), opfylder nødvendigheden af at forebygge situationer, der er til skade for samfundsmoralen som følge af den forargelse, der kan opstå på grund, at en formodet krigsforbryder i fuld straffrihed kan opholde sig på den pågældende medlemsstats område.

23 – Som det fremgår af ordlyden af artikel 27, stk. 1, i direktiv 2004/38.

24 – Dom af 13.9.2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).

25 – Dom af 17.11.2011, Aladzhov (C-434/10, EU:C:2011:750, præmis 37).

26 – Det Forenede Kongeriges regering har endvidere henvist til nødvendigheden af, at medlemsstaterne opfylder deres forpligtelser til at bekæmpe terrorisme i henhold til en række forskellige resolutioner fra De Forenede Nationers Sikkerhedsråd, som pålægger dem ikke at give et tilflugtssted til de personer, der begår eller medvirker til terrorhandling. Jeg bemærker imidlertid, at terrorhandling er genstand for den udelukkelsesgrund, der fremgår af Genèvekonventionens artikel 1(F), litra c). Denne udelukkelsesgrund er ikke genstand for de foreliggende sager.

68. Medlemsstaterne kan uden at tilsidesætte det skøn, som de råder over med henblik på at fastlægge indholdet af de hensyn, som tilsiges af den offentlige orden, efter min opfattelse bestemme, at beskyttelsen af de hensyn, der er beskrevet ovenfor, indgår blandt disse hensyn. Når der henses til de principper, der er nævnt i punkt 60 og 63 i dette forslag til afgørelse, kan jeg ikke se nogen grund til at udelukke, at medlemsstaterne i overensstemmelse med deres egne værdier kan bestemme, at de nævnte hensyn udgør grundlæggende samfundsinteresser i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, hvis beskyttelse er omfattet af den offentlige orden.

69. Når dette er sagt, er muligheden for at begrænse den ret til bevægelighed og ophold, der er tillagt ved direktiv 2004/38, under henvisning til de grundlæggende interesser, der kan påberåbes i denne forbindelse, afgrænset af de betingelser, der er fastsat i dette direktivs artikel 27, stk. 2.

2. Om konstateringen af, at der foreligger en trussel mod grundlæggende interesser som følge af den pågældendes personlige adfærd

70. Det fremgår af artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, at »en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse« i denne bestemmelses forstand, udelukkende kan følge af den berørtes personlige adfærd. Begrundelser, der ikke vedrører den individuelle sag, eller som har generel præventiv karakter, må ikke anvendes. En tidligere straffedom kan endvidere ikke i sig selv begrunde anvendelsen af en begrænsende foranstaltning.

71. Domstolen har i denne henseende gentagne gange fastslået, at det ikke er muligt automatisk at antage, at der foreligger en trussel mod en grundlæggende samfundsinteresse, alene på grundlag af den omstændighed, at den pågældende tidligere har været genstand for en straffedom vedrørende specifikke lovovertrædelser²⁷. Der kan imidlertid tages hensyn til de omstændigheder, der førte til idømmelsen af denne straf, for så vidt som de efter en konkret vurdering i det enkelte tilfælde dokumenterer, at den pågældende har udvist en personlig adfærd, der udgør en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berør en grundlæggende samfundsinteresse i værtssamfundet²⁸.

72. Selv om konstateringen i denne sammenhæng af, at der foreligger en sådan trussel, »i almindelighed er ensbetydende med, at vedkommende vil være tilbøjelig til fortsat at udvise [den adfærd, for hvilken den pågældende er idømt straf] i fremtiden«²⁹, kan det forholde sig således, at den tidligere udviste adfærd under visse omstændigheder i sig selv opfylder betingelserne for at kunne anses for en sådan trussel³⁰.

73. Jeg vil nedenfor redegøre for grundene til, at de i punkt 71 i dette forslag til afgørelse nævnte principper efter min opfattelse finder analog anvendelse, når den berørte person tidligere har været genstand ikke for en straffedom, men for en afgørelse om at udelukke den pågældende fra flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), [afsnit a)].

27 – Jf. bl.a. dom af 29.4.2004, Orfanopoulos og Oliveri (C-482/01 og C-493/01, EU:C:2004:262, præmis 68 og 93), af 17.11.2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, præmis 38), og af 13.9.2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, præmis 64-67). Jf. ligeledes analogt dom af 19.1.1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, præmis 25).

28 – Jf. bl.a. dom af 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, præmis 28), af 29.4.2004, Orfanopoulos og Oliveri (C-482/01 og C-493/01, EU:C:2004:262, præmis 77), og af 7.6.2007, Kommissionen mod Nederlandene (C-50/06, EU:C:2007:325, præmis 41). Jf. ligeledes i denne retning dom af 13.9.2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, præmis 46).

29 – Dom af 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, præmis 29), og af 22.5.2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, præmis 30). Jf. ligeledes i denne retning dom af 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, præmis 50).

30 – Dom af 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, præmis 29).

74. Jeg vil derefter under henvisning til den retspraksis, der er nævnt i punkt 72 i dette forslag til afgørelse, redegøre for grundene til, at det efter min opfattelse skal konkluderes, at den pågældendes tidligere adfærd, således som det fremgår af de konstateringer, der ligger til grund for denne afgørelse, er tilstrækkelige til at begrunde konstateringen af, at der foreligger en »umiddelbar« trussel til trods for, at der er forløbet et langt tidsrum efter det tidspunkt, hvor de formodede forbrydelser, som den pågældende foreholdes, blev begået, og en manglende vilje til at gentage sådanne forbrydelser i værtsmedlemsstaten [afsnit b)]³¹.

a) Om relevansen af, at Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), tidligere har fundet anvendelse

1) Om de anvendelige principper

75. For at kunne afgøre, om de principper, der er nævnt i punkt 71 i dette forslag til afgørelse, på tilstrækkelig vis kan regulere situationen for en person, der tidligere er blevet udelukket fra flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), er det nødvendigt at gøre to særlige betragtninger.

76. For det første kan den særligt alvorlige karakter af de forbrydelser, der er omfattet af denne bestemmelse, tale for, at medlemsstaterne får mulighed for at anlægge en mere fleksibel tilgang, som giver dem mulighed for at fastslå, at der foreligger en trussel som omhandlet i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38 alene med den begrundelse, at den udelukkelsesgrund, der er fastsat i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), er blevet gjort gældende over for den pågældende. De i denne bestemmelse nævnte forbrydelser tilsidesætter nemlig de mest grundlæggende værdier, der ligger til grund for såvel den internationale retsorden som menneskerettighederne³², og vedrører hele det internationale fællesskab³³.

77. For det andet taler den omstændighed, at anvendelsen af denne bestemmelse ikke stiller krav om, at der er idømt straf³⁴ eller ført bevis i strafferetlig forstand for de pågældende forbrydelser, for, at der udvises større tilbageholdenhed i forhold til at tage hensyn til de omstændigheder, der førte til afgørelsen om udelukkelse, således som disse er beskrevet i de vurderinger, som asylmyndighederne har foretaget, med henblik på at konstatere, at der foreligger en sådan trussel.

78. Efter min opfattelse er disse betragtninger ikke til hinder for anvendelsen af de ovenfor nævnte principper.

31 – Jeg foretrækker denne formulering frem for formuleringen om, at der ikke foreligger en risiko for »gentagelse«. Som den belgiske regering har anført, forudsætter begrebet »gentagelse« ifølge den gængse forståelse af dette udtryk, at der foreligger en straffedom. Det fremgår imidlertid af forelæggelsesafgørelserne, at K. og H.F. ikke er blevet idømt straf for den adfærd, som de foreholdes, i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a).

32 – Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) har i denne forbindelse i dom af 21.10.2013, Janowiec m.fl. mod Rusland (CE:ECHR:2013:1021JUD005550807, § 150), som den franske regering henviste til under retsmødet, fastslået, at alvorlige forbrydelser i henhold til international ret, såsom krigsforbrydelser, folkedrab eller forbrydelser mod menneskeheden, har en større rækkevidde end almindelige lovovertrædelser og udgør »selve nægtelsen af det grundlag, som [EMRK] bygger på«.

33 – Jf. artikel 5 i statuten for Den Internationale Straffedomstol, som blev undertegnet i Rom den 17.7.1998, (*United Nations Treaty Series*, bind 2187, nr. 38544) og trådte i kraft den 1.7.2002.

34 – Ifølge De Forenede Nationers Højkommissariat for Flygtninge (UNHCR) kan Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), imidlertid i visse tilfælde, når der er tale om særligt forfærdelige forbrydelser, finde anvendelse, selv om den pågældende er blevet idømt og har afsonet straf. Jf. UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4.9.2003 (herefter »UNHCR's baggrundsnotat«), punkt 72 og 73. Det fremgår af 22. betragtning til direktiv 2011/95, at »[UNHCR] kan give medlemsstaterne en værdifuld vejledning i forbindelse med anerkendelse af flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1«.

79. *For det første* er det efter min opfattelse ikke muligt automatisk at konstatere, at der foreligger en trussel som omhandlet i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, uden at der er foretaget en mere grundig undersøgelse, alene på grundlag af den omstændighed, at asylmyndighederne tidligere har udelukket den pågældende fra flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a). Det krav om, at der skal foretages en undersøgelse af den individuelle adfærd, der fremgår af ordlyden af artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, synes efter min opfattelse ikke at give mulighed for undtagelser, selv når de handlinger, som den pågældende foreholdes, er af særlig alvorlig karakter.

80. Denne tilgang er endvidere begrundet i den omstændighed, at Genèvekonventionens artikel 1(F) og artikel 27 i direktiv 2004/38 forfølger forskellige mål³⁵.

81. Som Domstolen fastslog i B og D-dommen³⁶, har de udelukkelsesgrunde, der er fastsat i artikel 12, stk. 2, i direktiv 2011/95, som svarer til Genèvekonventionens artikel 1(F), til formål »at udelukke personer fra at blive anerkendt som flygtning, som ikke anses for værdige til den beskyttelse, der er knyttet hertil, og at undgå, at tildelingen af denne status gør det muligt for gerningsmændene bag visse alvorlige forbrydelser at undslippe straf«.

82. Disse udelukkelsesgrunde har til gengæld ikke til formål at beskytte værtssamfundet mod en eventuel fare, som tilstedeværelsen af den pågældende asylansøger kan medføre for dette samfund, idet et sådant formål forfølges af andre bestemmelser i direktiv 2011/95³⁷. Domstolen har således fastslået, at anvendelsen af dette direktivs artikel 12, stk. 2, ikke er betinget af, at denne person udgør en aktuel fare for værtssamfundet³⁸.

83. Når der henses til de særskilte formål, der forfølges med disse bestemmelser, er de tidligere vurderinger, der er foretaget i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), i lighed med de vurderinger, der ligger til grund for en straffedom³⁹, ikke nødvendigvis de samme vurderinger som dem, der foretages i lyset af hensynene til at beskytte den offentlige orden og den offentlige sikkerhed i henhold til artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38⁴⁰.

35 – Jf. i denne retning dom af 24.6.2015, H.T. (C-373/13, EU:C:2015:413, præmis 77).

36 – Dom af 9.11.2010 (C-57/09 og C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 104).

37 – Det fremgår af dom af 9.11.2010, B og D (C-57/09 og C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 101), at »den aktuelle fare, som en flygtning eventuelt udgør for den pågældende medlemsstat, der er værtsland, ikke [bliver] taget i betragtning inden for rammerne af artikel 12, stk. 2, heri, men dels i artikel 14, stk. 4, litra a), hvorefter denne medlemsstat kan tilbagekalde den status, der er tildelt en flygtning, bl.a. når der er rimelig grund til at anse den pågældende for en person, der udgør en fare for sikkerheden, dels i artikel 21, stk. 2, som bestemmer, at den medlemsstat, der er værtsland, kan udsende en flygtning, når der er rimelig grund til at antage, at den pågældende udgør en fare for sikkerheden eller samfundet i denne medlemsstat, hvilket ligeledes er tilladt for medlemsstaten i medfør af Genèvekonventionens artikel 33, stk. 2«.

38 – Dom af 9.11.2010, B og D (C-57/09 og C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 105).

39 – Jf. dom af 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, præmis 27), og analogt dom af 11.6.2015, Zh. og O. (C-554/13, EU:C:2015:377, præmis 59).

40 – Denne konklusion berøres ikke af den omstændighed, at H.F., efter at der var truffet afgørelse om at udelukke ham fra at blive anerkendt som flygtning, i Nederlandene, var genstand for en afgørelse om indrejseforbud og om indberetning i SIS, hvilket i henhold til artikel 24, stk. 2, i forordning nr. 1987/2006 forudsætter, at den indberettende medlemsstat er af den opfattelse, at den pågældende tredjelandsstatsborgers tilstedeværelse i medlemsstaten udgør en trussel for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed (jf. fodnote 14 i dette forslag til afgørelse). Som det fremgår af dom af 10.7.2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, præmis 25), kan en begrænsende foranstaltning nemlig ikke udelukkende begrundes med hensyn, som en anden medlemsstat har påberåbt sig med henblik på at vedtage en sådan foranstaltning. En begrænsende foranstaltning »skal [...] vurderes på grundlag af betragtninger, som er specifikke for beskyttelsen af den offentlige orden og sikkerhed i den medlemsstat, der vedtager [den]«. En sådan foranstaltning kan så meget desto mere ikke udelukkende begrundes med hensyn, som en anden medlemsstat har påberåbt sig med henblik på at træffe en afgørelse om at nægte indrejse eller ophold for en tredjelandsstatsborger, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/38.

84. *For det andet* kan der tages hensyn til de grunde, der er anført til støtte for en afgørelse om udelukkelse fra flygtningestatus, når disse grunde under hensyn til de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde dokumenterer, at der er udvist en personlig adfærd, som udgør en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse⁴¹. De betragtninger, der har begrundet anvendelsen af Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), kan endvidere i en sådan situation også begrunde konstateringen af, at der foreligger en trussel i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38⁴².

85. Dette princip kan ikke drages i tvivl ved den omstændighed, at det for at udelukke en person fra flygtningestatus ikke er betingelse, at den pågældende har været genstand for en straffedom, eller at det ikke er et krav, at de forbrydelser, som den pågældende foreholdes, er blevet godtgjort i henhold til de bevisstandarder, der generelt gælder i strafferetten i medlemsstaternes nationale retsordener og den internationale strafferet (»uden for enhver rimelig tvivl«)⁴³.

86. Det følger nemlig af retspraksis, at selv om en straffedom ikke er tilstrækkelig, er den heller ikke nødvendig for at godtgøre en konstatering af, at der foreligger en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse. Selv en simpel mistanke om en forbrydelse, kan i givet fald sammen med andre forhold vedrørende den konkrete sag begrunde, at det fastslås, at der foreligger en trussel for den offentlige orden og den offentlige sikkerhed⁴⁴.

87. Det gælder derfor så meget desto mere, at der kan tages hensyn til de »alvorlige grunde til at antage«, at den pågældende har begået en forbrydelse af den type, der er omhandlet i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), og som ud over rene mistanker omfatter klare, pålidelige, troværdige og overbevisende beviser⁴⁵, sammen med andre forhold⁴⁶, for at begrunde en sådan konstatering.

88. Indførelsen i denne konventions artikel 1(F) af en lavere bevisstandard end den, der følger af strafferetten, er begrundet i den omstændighed, at denne bestemmelse i de fleste tilfælde omfatter personer, der ikke er blevet domfældt og heller ikke idømt straf for de forbrydelser, som de er blevet foreholdt⁴⁷. Et af formålene med grundene til at udelukke flygtningestatus består netop i at bekæmpe

41 – Det påhviler i praksis de nationale myndigheder, før de vedtager en begrænsende foranstaltning, at gøre sig bekendt med sagsakterne i den pågældendes asylsag. Når der er tale om en afgørelse, som en medlemsstat har truffet om at udelukke en person fra at blive anerkendt som flygtning, og som har givet anledning til en indberetning i SIS, påhviler det denne medlemsstat i overensstemmelse med princippet om loyalt samarbejde at stille yderligere oplysninger til rådighed for værtsmedlemsstaten for den indberettede person, som gør det muligt for denne konkret at vurdere størrelsen af den trussel, som denne person kan udgøre (dom af 31.1.2006, Kommissionen mod Spanien, C-503/03, EU:C:2006:74, præmis 56).

42 – Jeg vil redegøre nærmere for, hvilke elementer der skal tages i betragtning i denne forbindelse i punkt 91-100 i dette forslag til afgørelse.

43 – Jf. bl.a. artikel 66, stk. 3, i statuten for Den Internationale Straffedomstol og artikel 87(A) i procesreglementet i Den Internationale Straffedomstol for Det Tidligere Jugoslavien, som blev vedtaget den 11.2.1994 og senest ændret den 8.7.2015.

44 – Domstolen udtalte sig i denne retning i dom af 11.6.2015, Zh. og O. (C-554/13, EU:C:2015:377, præmis 52), vedrørende en fortolkning af artikel 7, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115/EF af 16.12.2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold (EUT 2008, L 348, s. 98). Denne bestemmelse giver medlemsstaterne mulighed for at fravige deres forpligtelse til i forbindelse med udsendelsen af en tredjelandstatsborger at indrømme den pågældende en frist for frivillig udrejse, når den pågældende udgør en fare for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed. Domstolen begrundede denne konklusion med henvisning til, at »medlemsstaterne [...] i det væsentlige har frihed til i overensstemmelse med deres nationale behov at bestemme, hvad hensynene til den offentlige orden kræver, og [at ingen af bestemmelserne i direktiv 2008/115 gør det muligt] at fastslå, at en domfældelse er nødvendig i denne henseende«. Efter min opfattelse kan denne argumentation og den konklusion, som følger heraf, overføres på fortolkningen af artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38. Medlemsstaterne har nemlig også i forbindelse med denne bestemmelse en vid skønsebeføjelse til at fastlægge de hensyn, som den offentlige orden kræver, og direktiv 2004/38 fastsætter heller ikke krav om, at der skal foreligge en straffedom.

45 – Jf. UNHCR, Guidelines on International Protection no. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4.9.2003 (punkt 34 og 35), der indgår som bilag til Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, Genève, december 2011, UNHCR's baggrundsnotat, punkt 107-109 og Statement on Article 1F of the 1951 Convention, juli 2009, s. 10.

46 – Jf. punkt 91-100 i dette forslag til afgørelse.

47 – Jf. imidlertid fodnote 34 i dette forslag til afgørelse.

straffrihed ved at undgå, at asylinstitutionen bliver anvendt som et middel til at undgå strafferetlig retsforfølgning⁴⁸. Det forholder sig endvidere således, at asylmyndighederne hverken har kompetencer eller ressourcer til at føre bevis for, at der er begået kriminelle handlinger, der angiveligt er blevet begået under faktiske omstændigheder, som er særligt vanskelige at fastlægge⁴⁹.

89. Det fremgår i det foreliggende tilfælde af forelæggelsesafgørelserne, at de begrænsende foranstaltninger, der er truffet over for K. og H.F., bl.a. havde til formål at undgå den forstyrrelse, som deres tilstedeværelse på værtsmedlemsstatens område kunne medføre for samfundet, og navnlig for deres potentielle ofre. Den nederlandske regering har anført, at den påberåbte forstyrrelse består i det chok, der kan opstå som følge af, at de personer, der er under mistanke for at have begået de i henhold til international ret mest alvorlige forbrydelser, i fuld straffrihed opholder sig i Nederlandene.

90. På baggrund af samtlige de ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at den omstændighed, at en person er blevet udelukket fra flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), kan tages i betragtning med henblik på en konstatering af, at der foreligger en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse, selv om denne omstændighed ikke automatisk kan begrunde en sådan konstatering, for så vidt som de omstændigheder, der førte til anvendelsen af denne bestemmelse, således som de fremgår af de vurderinger, der er foretaget af asylmyndighederne, er udtryk for en personlig adfærd, der udgør en sådan trussel.

2) Om de forhold, der gør det muligt at vurdere, om de omstændigheder, der ligger til grund for udelukkelsen fra flygtningestatus, er udtryk for en personlig adfærd, der udgør en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse

91. Som Domstolen har fastslået i B og D-dommen⁵⁰ og Lounani-dommen⁵¹, forudsætter udelukkelsen fra at blive anerkendt som flygtning en fuldstændig vurdering af alle de særlige omstændigheder i hver enkelt sag. Det fremgår af UNHCR's forskellige retningslinjer, at disse retningslinjer ud over arten af de forbrydelser, som den pågældende er under mistanke for at have udført, omfatter graden af den pågældendes medvirken i disse forbrydelser og eksistensen af eventuelle straffritagelsesgrunde, såsom tvang eller selvforsvar⁵².

92. Samtlige disse omstændigheder, således som asylmyndighederne måtte have fastlagt disse, skal efter min opfattelse ligeledes tages i betragtning med henblik på at vurdere, om den pågældendes personlige adfærd udgør en trussel i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38. I denne forbindelse skal den særlige alvor af de forbrydelser, som den pågældende foreholdes, som omhandlet i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), tillægges en betydelig vægt. Der skal imidlertid derudover også foretages en undersøgelse af alle de øvrige relevante forhold.

93. Hvad særligt angår graden af personlig medvirken skal jeg bemærke, at det fremgår af artikel 12, stk. 3, i direktiv 2011/95, at en asylansøger anses for at have »begået« en forbrydelse som omhandlet i denne artikels stk. 2, når den pågældende har anstiftet til eller på anden måde deltaget i at begå forbrydelsen⁵³.

48 – Jf. punkt 81 i dette forslag til afgørelse.

49 – Jf. i denne forbindelse dom afsagt af Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Schweiz) den 11.5.2010, Y. og familie mod Office fédéral des migrations (ODM) (E-5538/2006, BVGE, § 5.3.2.2). Denne domstol bemærkede i denne dom, at den bevisstandard, der er fastsat i Genèvekonventionens artikel 1(F), er begrundet i såvel genstanden for de afgørelser, der træffes i henhold til denne bestemmelse, og som uanset handlingernes alvor ikke kan medføre straf, som de begrænsede efterforskningsmidler, som asylmyndighederne råder over til at kunne indsamle beviser.

50 – Dom af 9.11.2010 (C-57/09 et C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 87).

51 – Dom af 31.1.2017 (C-573/14, EU:C:2017:71, præmis 72).

52 – Jf. bl.a. UNHCR's retningslinjer, punkt 10-13 og 18-23, samt UNHCR's baggrundsnotat, punkt 50-75.

53 – Jf. ligeledes UNHCR's baggrundsnotat, punkt 50-56.

94. Domstolen har i denne forbindelse i B og D-dommen⁵⁴ fastslået, at asylmyndighederne ikke kan udelukke en person fra at blive anerkendt som flygtning alene på grundlag af, at den pågældende tidligere har tilhørt en organisation, der har været involveret i forbrydelser som omhandlet i Genèvekonventionens artikel 1(F), uden at undersøge, om en del af ansvaret kan henføres til den pågældende for så vidt angår de forbrydelser, som denne organisation i lyset af samtlige omstændigheder foreholdes. Disse omstændigheder omfatter »den rolle, som den pågældende person faktisk har spillet i udførelsen af de pågældende handlinger, vedkommendes position inden for organisationen, den grad af kendskab, den pågældende havde eller måtte antages at have til organisationens aktiviteter, den eventuelle pression, som vedkommende har været undergivet, eller andre faktorer, der kan have haft indflydelse på denne persons adfærd«⁵⁵.

95. I det foreliggende tilfælde har K. hævdet, at han blev udelukket fra at blive anerkendt som flygtning på grundlag af den obligatoriske funktion, som han varetog i den bosniske hær. K. er af den opfattelse, at de nederlandske asylmyndigheder ikke tog hensyn til kravet om at foretage en individuel undersøgelse af, i hvilket omfang den pågældende asylansøger personligt medvirkede i forbrydelsen.

96. H.F. har anført, at de nederlandske asylmyndigheder har anvendt en udelukkelsesgrund i forhold til ham alene med den begrundelse, at han varetog en simpel logistikfunktion inden for KhAD⁵⁶.

97. Jeg skal i denne forbindelse bemærke, at selv om værtsmedlemsstatens myndigheder i forbindelse med vedtagelsen af en begrænsende foranstaltning ikke har beføjelse til at anfægte rigtigheden af en afgørelse om at udelukke en person fra at blive anerkendt som flygtning⁵⁷, påhviler det dem ikke desto mindre at undersøge, om de oplysninger, som asylmyndighederne har lagt til grund for denne afgørelse, også kan begrunde konstateringen af, at der foreligger en trussel i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38.

98. Efter denne bestemmelse kan den omstændighed, at den pågældende deltager eller tidligere har deltaget i en organisation, der er involveret i udførelsen af kriminelle handlinger, imidlertid kun begrunde konstateringen af, at der foreligger en sådan trussel, for så vidt som denne omstændighed godtgør, at der foreligger en personlig adfærd, der er til skade for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed⁵⁸.

99. I H.T.-dommen⁵⁹ anvendte Domstolen den argumentation, der var udviklet i B og D-dommen⁶⁰ (for hvilken der er redegjort i punkt 94 i dette forslag til afgørelse), analogt i forbindelse med fortolkningen af artikel 24, stk. 1, i direktiv 2011/95. Denne bestemmelse gør det muligt at give afslag på at tildele opholdstilladelse til en flygtning af »tvingende hensyn til statens sikkerhed eller den offentlige orden«. Ifølge Domstolen forudsætter begrebet »den offentlige orden« i den nævnte bestemmelses forstand i lighed med artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, at der foreligger »en reel,

54 – Dom af 9.11.2010 (C-57/09 og C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 88-99). Selv om denne dom vedrørte anvendelsen af de udelukkelsesgrunde, der er omhandlet i artikel 12, stk. 2, litra b) og c), i direktiv 2011/95, som svarer til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra b) og c), finder den argumentation, som Domstolen anvendte, og den konklusion, der fulgte heraf, efter min opfattelse også anvendelse på den udelukkelsesgrund, der er fastsat i de nævnte bestemmelsers litra a).

55 – Dom af 9.11.2010, B og D (C-57/09 og C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 97).

56 – H.F. har henvist til et dokument, der er tilført de sagsakter, som den forelæggende ret i sag C-366/16 har fremlagt for Domstolen, hvoraf fremgår, at UNCHR offentligt har udtrykt tvivl om foreneligheden med Genèvekonventionen af den nederlandske praksis, der består i at antage, at udelukkelsesgrundene finder anvendelse på afghanske asylansøgere, der har udført hverv som officer eller ikke-fastansat officer hos KhAD. Jf. ligeledes UNHCR, Note on the structure and operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978-1992, maj 2008.

57 – Når afgørelsen om udelukkelse er truffet af en anden medlemsstat, vil det i øvrigt ikke være i overensstemmelse med den gensidige tillid, der, således som det fremgår af 22. betragtning til denne forordning, ligger til grund for den ordning, der er indført ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 604/2013 af 26.6.2013 om fastsættelse af kriterier og procedurer til afgørelse af, hvilken medlemsstat der er ansvarlig for behandlingen af en ansøgning om international beskyttelse, der er indgivet af en tredjelandstatsborger eller en statsløs i en af medlemsstaterne (EUT 2013, L 180, s. 31).

58 – Jf. i denne forbindelse dom af 4.12.1974, van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, præmis 17), der er nævnt i punkt 3.2 i Kommissionens retningslinjer.

59 – Dom af 24.6.2015 (C-373/13, EU:C:2015:413).

60 – Dom af 9.11.2010 (C-57/09 og C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 88-99).

umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn»⁶¹. Domstolen fastslog imidlertid, at en sådan trussel ikke udelukkende kan baseres på tidligere støtte til en organisation, der er involveret i kriminelle handlinger, uden at der er foretaget en undersøgelse af, om den pågældende flygtning i lyset af de konkrete omstændigheder har et personligt ansvar for gennemførelsen af disse handlinger⁶². Denne konklusion forekommer mig at være korrekt for så vidt angår såvel fortolkningen af artikel 24, stk. 1, i direktiv 2011/95 som af artikel 27 i direktiv 2004/38, idet Domstolen i H.T.-dommen⁶³ fastslog, at begrebet »den offentlige orden« i disse to bestemmelser skal fortolkes tilsvarende.

100. Det tilkommer de forelæggende retter at vurdere, om de i hovedsagerne omhandlede begrænsende foranstaltninger blev eller ikke blev truffet efter gennemførelsen af en individuel undersøgelse – som blev gennemført på grundlag af de konstateringer, der lå til grund for, at K. og H.F. blev udelukket fra at blive anerkendt som flygtninge – af samtlige de relevante omstændigheder i lyset af de ovenfor nævnte forhold.

b) Om relevansen af det tidsrum, der forløb, efter at forbrydelserne angiveligt blev begået, og den manglende vilje til at gentage disse forbrydelser

101. Forbrydelser mod freden, krigsforbrydelser og forbrydelser mod menneskeheden som omhandlet i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), omfatter generelt handlinger, der er begået i et tredjeland, før den pågældende asylansøger indrejste på værtsmedlemsstatens område. Som K., den nederlandske og den franske regering samt Det Forenede Kongeriges regering har anført, er det højst usandsynligt, at den pågældende vil gentage disse forbrydelser efter ankomsten i denne medlemsstat⁶⁴. Som Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager) har anført, forholder det sig derfor som udgangspunkt således, at disse faktiske omstændigheder vedrører en konkret geografisk, historisk og social sammenhæng i dette tredjeland, og i særdeleshed en konfliktsituation i dette land.

102. Efter min opfattelse er disse betragtninger ikke nødvendigvis afgørende i situationer som dem, der er genstand for hovedsagerne.

103. *For det første*, således som det fremgår af den retspraksis, der er nævnt i punkt 72 i dette forslag til afgørelse, er det, for at der umiddelbart kan anses at foreligge en trussel, nødvendigt, at der består en risiko for gentagelse af en adfærd, der er til skade for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed. Under visse omstændigheder er den tidligere adfærd i sig selv tilstrækkelig til at begrunde en konstatering af, at den berørte persons adfærd udgør en trussel, der opfylder de betingelser, der er nævnt i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38.

104. Disse omstændigheder omfatter efter min opfattelse de situationer, hvor en medlemsstat til støtte for en begrænsende foranstaltning gør gældende, at der foreligger en trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse, der ikke afhænger af, om der består en risiko for, at en kriminel adfærd vil blive gentaget⁶⁵.

61 – Dom af 24.6.2015, H.T. (C-373/13, EU:C:2015:413, præmis 77 og 79).

62 – Dom af 24.6.2015, H.T. (C-373/13, EU:C:2015:413, præmis 86- 90).

63 – Dom af 24.6.2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, præmis 77).

64 – Domstolen har i øvrigt allerede fastslået, at anvendelsen af en af grundene til ikke at tildele flygtningestatus afhænger af, om der foreligger en »aktuel fare« for den berørte medlemsstat (jf. punkt 82 i dette forslag til afgørelse).

65 – Efter min opfattelse skal bemærkningen i punkt 3.2 i Kommissionens retningslinjer om, at »[d]et er yderst vigtigt at tage hensyn til risikoen for ny kriminalitet«, også forstås i denne retning. Denne bemærkning er kun relevant i forhold til de begrænsende foranstaltninger, der har til formål at beskytte freden og befolkningens fysiske sikkerhed mod risikoen for gentagelse af den kriminelle adfærd. Den gælder ikke i forhold til de begrænsende foranstaltninger, der består i at beskytte en særlig type grundlæggende interesser.

105. I det foreliggende tilfælde blev de omtvistede afgørelser ikke truffet for at forebygge risikoen for, at K. og H.F. på et senere tidspunkt på værtsmedlemsstatens område skulle udføre forbrydelser mod freden, krigsforbrydelser eller forbrydelser mod menneskeheden. Disse afgørelser havde til gengæld til formål at forebygge de forstyrrelser af samfundsordenen og af de internationale forbindelser, som deres tilstedeværelse på værtsmedlemsstatens område kunne medføre som følge af den meget alvorlige karakter af de tidligere handlinger, som de var under mistanke for at have udført, og dette uafhængigt af deres aktuelle og fremtidige adfærd. Når der henses til de påberåbte grundlæggende hensyn, er det således selve tilstedeværelsen af de personer, der mistænkes for tidligere at have begået sådanne forbrydelser, og ikke den nuværende eller fremtidige adfærd, som de måtte udvise i værtsmedlemsstaten, der udgør den omhandlede trussel. En sådan trussel kan opfylde umiddelbarhedsbetingelsen i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, idet det, således som den nederlandske regering og Det Forenede Kongeriges regering har anført, er truslen og ikke den pågældendes adfærd, der skal være umiddelbar.

106. *For det andet* indebærer det tidsrum, der forløb fra det tidspunkt, hvor de omhandlede forbrydelser angiveligt blev begået, ikke nødvendigvis, at truslen mister sin umiddelbare karakter, selv om der skal tages hensyn til dette tidsrum med henblik på at vurdere, om der foreligger en umiddelbar trussel⁶⁶. Den risiko for forstyrrelse af samfundsordenen og de internationale forbindelser, som tilstedeværelsen på en medlemsstats område af en person, der er mistænkt for at have begået forbrydelser mod freden, krigsforbrydelser eller forbrydelser mod menneskeheden, kan bestå selv – og ind imellem så meget desto mere – når den pågældende har været straffri i en lang periode. De forbrydelser, der er omfattet af Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), kan i øvrigt ikke forældes, hvilket følger af forskellige instrumenter i den internationale strafferet⁶⁷.

107. Såfremt en undersøgelse af de pågældendes individuelle adfærd, der foretages i lyset af de ovenfor anførte betragtninger, fører til den konstatering, at der foreligger en trussel i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, står det tilbage at undersøge, om vedtagelsen af de i hovedsagerne omhandlede begrænsende foranstaltninger er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og de pågældendes grundlæggende rettigheder.

C. Om undersøgelsen af forholdsmæssigheden af de begrænsende foranstaltninger og deres forenelighed med retten til privatliv og familieliv

108. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (retten i første instans i Den Haag, tingstedet i Middelburg), har med det tredje spørgsmål anmodet Domstolen om at oplyse, hvorledes den proportionalitetsvurdering, der skal foretages i forbindelse med vedtagelsen af en begrænsende foranstaltning over for en person, der tidligere er blevet udelukket fra at blive anerkendt som flygtning i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), skal udføres.

109. Denne ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om der i denne forbindelse skal tages hensyn til de faktorer, der er nævnt i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2004/38, og som er gentaget i punkt 3.3 i Kommissionens retningslinjer. Denne ret ønsker endvidere nærmere bestemt oplyst, om den yderligere beskyttelse, der i henhold til dette direktivs artikel 28, stk. 3, litra a), tilkommer unionsborgere, der har haft bopæl i værtsmedlemsstaten i de seneste 10 år, også omfatter K.'s situation.

⁶⁶ – Jf. analogt dom af 11.6.2015, Zh. og O. (C-554/13, EU:C:2015:377, præmis 62). Det fremgår af retspraksis, at eksistensen af en trussel i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, skal vurderes på det tidspunkt, hvor den pågældende begrænsende foranstaltning blev truffet (dom af 29.4.2004, Orfanopoulos og Oliveri, C-482/01 og C-493/01, EU:C:2004:262, præmis 77-79).

⁶⁷ – Jf. særligt artikel 29 i statuten for Den Internationale Straffedomstol og Europarådets konvention om ikke-forældelse af strafansvar for forbrydelser mod menneskeheden og krigsforbrydelser, undertegnet den 25.1.1974 (*Europæisk Traktatsamling*, nr. 82).

110. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager) har endvidere anmodet Domstolen om at oplyse, om en begrænsende foranstaltning som den omtvistede afgørelse i sag C-366/16 er forenelig med chartrets artikel 7. Som jeg imidlertid vil redegøre for nedenfor, er undersøgelsen af forholdsmæssigheden af en begrænsende foranstaltning tæt forbundet med kontrollen af, om denne foranstaltning er forenelig med de grundlæggende rettigheder. Med henblik på at give denne ret en nyttig besvarelse, er det under disse omstændigheder hensigtsmæssigt også at give den visse oplysninger om den måde, hvorpå denne undersøgelse skal foretages i forbindelse med den sammenhæng, som den sag, der er indbragt for den, indgår i.

1. Om kravet om, at de begrænsende foranstaltninger skal være egnede og nødvendige

111. Proportionalitetsprincippet, som i medfør af artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38 skal overholdes, kræver, at enhver begrænsende foranstaltning »skal være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, den forfølger«, og ikke må »gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet«⁶⁸.

112. For at opfylde disse krav påhviler det bl.a. værtsmedlemsstaten at undersøge, om der findes andre alternativer foranstaltninger, der er mindre indgribende i den pågældendes ret til fri bevægelighed og ophold, og som kunne have været ligeså effektive i forhold til at sikre beskyttelse af de påberåbte grundlæggende rettigheder⁶⁹.

113. Det er i denne henseende ikke muligt at hævde, således som K. gjorde det under retsmødet, at de i det foreliggende tilfælde påberåbte grundlæggende rettigheder ikke ville være bedre beskyttet ved, at værtsmedlemsstaten indleder retsforfølgning mod den pågældende⁷⁰, når denne medlemsstat har en ekstraterritorial kompetence i denne forbindelse⁷¹. Det afhjælper nemlig ikke de vanskeligheder, der opstår som følge af, at den person, der angiveligt har udført forbrydelser som omhandlet i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), har straffrihed, at udsende den pågældende til en anden medlemsstat (således som det er tilfældet for K.'s situation) eller til en tredjestat uden garanti for, at den pågældende vil blive stillet for en domstol⁷².

114. Der skal imidlertid efter min opfattelse udvises tilbageholdenhed i denne forbindelse, idet det skal bemærkes, at det står medlemsstaterne frit med forbehold af de forpligtelser til at udøve den ekstraterritoriale kompetence, der påhviler dem i henhold til den internationale strafferet⁷³, at bekæmpe den trussel, som tilstedeværelsen af en person, der er blevet udelukket fra at blive anerkendt som flygtning, kan medføre ved at nægte den pågældende et opholdsgrundlag i stedet for at stille den

68 – Jf. bl.a. dom af 26.11.2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, EU:C:2002:712, præmis 43), af 10.7.2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, præmis 29), og af 17.11.2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, præmis 40).

69 – Dom af 17.11.2011, Aladzhev (C-434/10, EU:C:2011:750, præmis 47), og analogt dom af 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, præmis 49).

70 – Det fremgår i denne forbindelse af syvende betragtning til Rådets afgørelse 2003/335/RIA af 8.5.2003 om efterforskning og strafforfølgning af folkekræb, forbrydelser mod menneskeheden og krigsforbrydelser (EUT 2003, L 118, s. 12), at »[n]år medlemsstaternes kompetente myndigheder modtager oplysninger om, at en person, som har søgt om opholdstilladelse, mistænkes for at have udført eller deltaget i udførelsen af folkekræb, forbrydelser mod menneskeheden eller krigsforbrydelser, skal de sikre, at de pågældende handlinger efterforskes, og, hvis det er begrundet, strafforfølges i henhold til national lovgivning«. I det foreliggende tilfælde bemærkede den nederlandske regering under retsmødet, at nogle personer, der var blevet udelukket fra at blive anerkendt som flygtninge, efterfølgende har været genstand for strafferetlig retsforfølgning i Nederlandene.

71 – Der kan i givet fald iværksættes retsforfølgning på grundlag af en universel kompetence. De fire Genèvekonventioner af 12.8.1949 om beskyttelse af civile personer i krigstid pålægger bl.a. medlemsstaterne at udøve denne kompetence vedrørende de forbrydelser, der er omfattet af disse konventioners anvendelsesområde (jf. artikel 49 i Genèvekonvention (I) til forbedring af såredes og syges vilkår i de væbnede styrker i felten, artikel 50 i Genèvekonvention (II) til forbedring af såredes, syges og skibbrudnes vilkår i de væbnede styrker på søen, artikel 129 i Genèvekonvention (III) om behandling af krigsfanger, og artikel 146 i Genèvekonventionen (IV) om beskyttelse af civile personer i krigstid). Jf. ligeledes tredje og syvende betragtning til Rådets afgørelse 2002/494/RIA af 13.6.2002 om oprettelse af et europæisk net af kontaktpunkter vedrørende personer, som er ansvarlige for folkekræb, forbrydelser mod menneskeheden og krigsforbrydelser (EFT 2002, L 167, s. 1).

72 – Jf. i denne retning punkt 4 i UNHCR's baggrundsnotat, hvoraf fremgår, at »anerkendelsen af den universelle kompetence og etableringen af internationale straffedomstole mindsker den rolle, som udelukkelsesmuligheden spiller som middel til at sikre, at forbrydere på flugt stilles for en dommer, hvilket underbygger argumentet om at anlægge en streng tilgang«.

73 – Jf. punkt 71 i dette forslag til afgørelse.

pågældende for en domstol. Som Det Forenede Kongeriges regering har anført, kan en medlemsstat i visse tilfælde være af den opfattelse, at den om ikke af andre grunde så som følge af vanskeligheden ved at indsamle beviser og fastlægge de relevante faktiske omstændigheder, ikke er i stand til at indlede retsforfølgning mod en sådan person⁷⁴. Dette argument synes efter min opfattelse at gå ud over rammerne for de foreliggende sager.

2. Om afvejningen af de foreliggende legitime interesser

a) Om de anvendelige principper

115. Kravet om, at en begrænsende foranstaltning skal være forholdsmæssig, der fremgår af artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, forudsætter endvidere, at der skal findes en rimelig balance mellem dels beskyttelsen af de rettigheder, som unionsborgerne og deres familiemedlemmer er tillagt ved dette direktiv, dels beskyttelsen af de grundlæggende interesser i værtssamfundet⁷⁵.

116. En sådan afvejning indgår som en uadskillelig del af den undersøgelse, der skal foretages af, om en begrænsende foranstaltning er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, som Domstolen sikrer overholdelsen af, og navnlig retten til respekt for privatlivet og familielivet, der er fastsat i chartrets artikel 7 og EMRK's artikel 8⁷⁶. Disse bestemmelser indebærer nemlig, at der skal findes en balance mellem de fælles interesser, der påberåbes som begrundelse for at foretage et indgreb i denne rettighed, og den berørte persons individuelle interesser. Disse bestemmelser skal i givet fald læses i sammenhæng med den forpligtelse til hensyntagen til barnets tarv, der i EU-retten er anerkendt i chartrets artikel 24, stk. 2⁷⁷.

117. Artikel 27 i direktiv 2004/38, der har overskriften »Generelle principper«, omfatter samtlige begrænsende foranstaltninger. Denne bestemmelse præciserer ikke de kriterier, der skal tages hensyn til, når det skal vurderes, om disse foranstaltninger er forholdsmæssige, og om de er forenelige med de grundlæggende rettigheder, der tilkommer adressaterne herfor. Dette direktivs artikel 28, stk. 1, der har overskriften »Beskyttelse mod udsendelse«, finder til gengæld anvendelse på »afgørelser om udsendelse« og foretager en ikke-udtømmende opregning af de faktorer, som medlemsstaterne skal tage hensyn til, før de træffer sådanne afgørelser. Disse faktorer omfatter varigheden af den pågældendes ophold på værtsmedlemsstatens område, den pågældendes alder, helbredstilstand, familiemæssige og økonomiske situation samt sociale og kulturelle integration i værtsmedlemsstaten og tilknytning til hjemlandet.

74 – For en redegørelse om de udfordringer, som de nationale retter står over for i forbindelse med retsforfølgningen af de formodede gerningsmænd til alvorlige forbrydelser i henhold til international ret, jf. Réseau om efterforskning og strafferetlig retsforfølgning af folkedrab, forbrydelser mod menneskeheden og krigsforbrydelser, »Stratégie du Réseau génocide de l'UE pour lutter contre l'impunité du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre au sein de l'Union européenne et de ses États membres«, Haag, november 2014, s. 15-23.

75 – Jf. bl.a. dom af 29.4.2004, Orfanopoulos og Oliveri (C-482/01 og C-493/01, EU:C:2004:262, præmis 95).

76 – Jf. bl.a. dom af 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, præmis 52), af 13.9.2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, præmis 81), og af 13.9.2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, præmis 41). Det fremgår af chartrets artikel 52, stk. 3, at i det omfang dette charter indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved EMRK, har de samme betydning og omfang som i konventionen. Denne bestemmelse er imidlertid ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse. Da chartrets artikel 7 indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved EMRK's artikel 8, skal denne artikel tillægges den samme betydning og omfang som de rettigheder, der er tillagt ved EMRK's artikel 8, således som Menneskerettighedsdomstolen har fortolket denne bestemmelse i sin praksis (jf. dom af 5.10.2010, McB., C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, præmis 53).

77 – Dom af 13.9.2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, præmis 81), og af 13.9.2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, præmis 36). Jf. ligeledes Menneskerettighedsdomstolens dom af 3.10.2014, Jeunesse mod Nederlandene (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, § 109 og den deri nævnte retspraksis).

118. Der er i høj grad sammenfald mellem disse faktorer, der også er gentaget i punkt 3.3 i Kommissionens retningslinjer, og de faktorer, der i henhold til den praksis, som Menneskerettighedsdomstolen har udviklet bl.a. i dommen i sagen Boultif mod Schweiz⁷⁸ og dommen i sagen Üner mod Nederlandene⁷⁹, gør det muligt at undersøge, om en udsendelsesforanstaltning er forenelig med EMRK's artikel 8.

119. Jeg bemærker imidlertid, at vurderingen af forholdsmæssigheden af en begrænsning af unionsborgernes og deres familiemedlemmers ret til fri bevægelighed og ophold ikke nødvendigvis er sammenfaldende med den vurdering, der foretages i forbindelse med denne bestemmelse. Menneskerettighedsdomstolens praksis tager nemlig udgangspunkt i, at EMRK's artikel 8 ikke sikrer en udlændig ret til at indrejse og tage ophold i et bestemt land⁸⁰. Unionsborgere og deres familiemedlemmer har til gengæld ret til at indrejse og tage ophold i værtsmedlemsstaten på de betingelser, der er fastsat i direktiv 2004/38, idet denne medlemsstat har pligt til at begrunde enhver begrænsning af denne rettighed⁸¹. Vægten af de kriterier, der skal foretages en afvejning af, kan derfor variere, også når der tages hensyn til de specifikke formål med dette direktiv, som omfatter en styrkelse af integrationen af disse personer i værtssamfundet, således som det fremgår af 23. og 24. betragtning til dette direktiv.

b) Hvorvidt de kriterier, der er fastsat i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2004/38, finder anvendelse på situationer som de i hovedsagerne omhandlede

1) Om situationer som den, K. befandt sig i

120. Det fremgår af de oplysninger, den forelæggende ret har givet Domstolen, at erklæringen om, at K. var uønsket i Nederlandene, var ledsaget af et påbud om at forlade Nederlandene. Den nederlandske regering bekræftede under retsmødet, at K. kan gøres til genstand for en tvangsudsendelsesforanstaltning, såfremt han ikke efterkommer dette påbud inden for den fastsatte frist.

121. Den omtvistede afgørelse i sag C-331/16 er derfor omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28, stk. 1, i direktiv 2004/38, hvilket denne regering i øvrigt har medgivet.

122. Det har i denne forbindelse *for det første* ikke betydning, således som den nævnte regering anførte under retsmødet, at K. ikke har været genstand for en tvangsudsendelsesforanstaltning. Som det fremgår af retspraksis⁸², finder denne bestemmelse nemlig anvendelse på enhver foranstaltning, der indebærer, at en unionsborger eller dennes familiemedlemmer skal udsendes. Den omfatter ikke kun tvangstilbagesendelsesforanstaltninger, der træffes for i givet fald at gennemføre visse afgørelser om udsendelse i de tilfælde, hvor adressaterne for disse afgørelser ikke frivilligt efterkommer dem⁸³.

78 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 2.8.2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, præmis 48).

79 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 18.10.2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, præmis 57 og 58).

80 – Jf. bl.a. dom af 2.8.2001, Boultif mod Schweiz (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, præmis 39).

81 – Jf. ligeledes i denne forbindelse, E. Guild, S. Peers og J. Tomkin, *The EU Citizenship Directive, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 267.

82 – Domstolen fastslog nærmere bestemt i dom af 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, præmis 2), af 22.5.2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, præmis 2), og af 17.3.2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, præmis 2), at afgørelser om udsendelse som omhandlet i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2004/38 skulle anses for foranstaltninger, der medførte fortabelse af retten til indrejse og ophold i en medlemsstat, og som pålagde de pågældende at udrejse af området, idet de ellers ville blive udsendt, uden at denne trussel dog var blevet konkretiseret.

83 – Der består i denne forbindelse efter min opfattelse en vis analogi mellem begrebet »afgørelse om udsendelse« som omhandlet i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2004/38 og begrebet »afgørelse om tilbagesendelse«, der træffes over for en tredjelandsstatsborger som omhandlet i artikel 3, nr. 4), i direktiv 2008/115. Ved dette sidstnævnte begreb forstås »en administrativ eller retslig afgørelse eller retsakt, der fastslår eller erklærer, at en tredjelandsstatsborgers ophold er ulovligt, og som pålægger eller fastslår en forpligtelse for den pågældende til at vende tilbage«. Det fremgår af dette direktivs artikel 8, stk. 3, sammenholdt med dette direktivs artikel 3, nr. 5), at en medlemsstat med henblik på at fuldbyrde en afgørelse om tilbagesendelse kan træffe en særskilt administrativ eller retslig afgørelse om fuldbyrdelse af tilbagesendelsespligten, dvs. den fysiske transport ud af medlemsstaten.

123. *For det andet* skal der tages hensyn til de faktorer, der er opregnet i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2004/38, til trods for den omstændighed, at K., således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen og med forehold af den prøvelse, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage, i Nederlandene kun har haft et midlertidigt opholdsgrundlag, som gav ham mulighed for at opholde sig i denne medlemsstat, mens han afventede en afgørelse vedrørende sine asylansøgninger og eventuelle klager. K. synes at have fortsat sit ophold i Nederlandene uden at have haft et opholdsgrundlag, efter det tidspunkt, hvor afgørelserne om at udelukke ham fra at blive anerkendt som flygtning og det indrejseforbud, der var udstedt til ham, var blevet endelige⁸⁴.

124. Menneskerettighedsdomstolen har i denne henseende allerede fastslået, at der skal foretages en afvejning af fælles og individuelle interesser i lyset af samtlige de faktorer, der fremgår af dommen i sagen Boultif mod Schweiz⁸⁵ og dommen i sagen Üner mod Nederlandene⁸⁶, selv når den pågældende uden at have ret til ophold har knyttet integrationsbånd til værtsmedlemsstaten. Der kan imidlertid tages hensyn til denne omstændighed i forbindelse med denne afvejning⁸⁷, som det tilkommer den nationale ret at foretage.

2) Om situationer som den, H.F. befandt sig i

125. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager) har anført, at den afgørelse om afslag på ophold, som H.F. var genstand for, ikke var ledsaget af et påbud om at forlade området. Den pågældendes tilstedeværelse i Belgien blev derfor på sin vis »tålt«, uden at den pågældende imidlertid havde ret til ophold eller en særlig status⁸⁸.

126. Spørgsmålet opstår derfor, om vedtagelsen af en sådan begrænsende foranstaltning, selv om den ikke indebærer, at adressaten for denne foranstaltning skal udsendes, ikke desto mindre kræver, at der tages hensyn til de kriterier, der er opregnet i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2004/38.

127. Jeg bemærker i denne henseende, at fratagelsen af en ret til ophold på samme måde som en afgørelse om udsendelse – om end i mindre grad – kan vanskeliggøre den pågældendes integration i værtsmedlemsstaten og skade den pågældendes privatliv og familieliv.

128. Flere af de faktorer, der er nævnt i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2004/38, såsom opholdets varighed og tilknytningen til værtsmedlemsstaten, er tæt forbundet med den integration, der opnås i forbindelse med opholdet i denne medlemsstat. Ud fra dette synspunkt kan disse faktorer være relevante for vurderingen af, om en begrænsende foranstaltning, der ikke indebærer, at den pågældende skal udsendes, er forholdsmæssig og forenelig med chartrets artikel 7, for så vidt som den pågældende

84 – Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at K. i den periode, der forløb fra det tidspunkt, hvor han indrejste i Nederlandene i 2001, og til det tidspunkt, hvor Raad van State (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) i 2005 stadfæstede afslaget på hans asylansøgning, havde haft lovligt midlertidigt ophold i denne medlemsstat, idet han afventede, at der blev truffet endelig afgørelse om denne ansøgning. K. forblev derefter i Nederlandene til trods for den første afgørelse af 15.5.2003 om at udelukke ham fra at blive anerkendt som flygtning. Det fremgår ikke af forelæggelsesafgørelsen, om han havde opnået tilladelse til at opholde sig i Nederlandene på et andet grundlag. Endelig undlod K. at udrejse af Nederlandene efter afsigelsen den 16.1.2013 af den anden afgørelse om at udelukke ham fra at blive anerkendt som flygtning, der var ledsaget af et indrejseforbud.

85 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 2.8.2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, præmis 48).

86 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 18.10.2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, præmis 57 og 58).

87 – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 3.11.2011, Arvelo Aponte mod Nederlandene (nr. 28770/05, CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, §§ 55 og 59), og af 3.10.2014, Jeunesse mod Nederlandene (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, §§ 108 og 113-123). I dom af 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, præmis 53), af 13.9.2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, præmis 86), og af 13.9.2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, præmis 42), nævnte Domstolen endvidere lovligheden af opholdet blandt de forhold, der skulle tages hensyn til i forbindelse med vurderingen af, om en begrænsende foranstaltning var forholdsmæssig, og om den var forenelig med de grundlæggende rettigheder.

88 – Som Domstolen fastslog i dom af 9.11.2010, B og D (C-57/09 og C-101/09, EU:C:2010:661, præmis 110), indebærer udelukkelsen af en person fra at blive anerkendt som flygtning ikke en stillingtagen til, om denne person kan udvises til sit oprindelsesland. Der kan opstå situationer, hvor en person hverken kan anerkendes som flygtning eller udvises, når chartrets artikel 4 og EMRK's artikel 3, som ikke tillader nogen undtagelser, er til hinder for, at den pågældende udsendes til et land, hvor denne løber en reel risiko for at blive udsat for tortur eller umenneskelig og nedværdigende behandling. Det fremgår ikke af forelæggelsesafgørelsen, om den manglende mulighed for at udsende H.F. følger af disse bestemmelser.

allerede har haft mulighed for at integrere sig og udfolde sit privatliv og familieliv i den nævnte medlemsstat som følge af, at han har opholdt sig dér⁸⁹. Som den belgiske regering og Det Forenede Kongeriges regering har anført, er de nævnte faktorer til gengæld ikke af betydning i forhold til de afgørelser, der hovedsageligt vedrører afslag på indrejse i en medlemsstat. Adressaterne for disse afgørelser har som udgangspunkt ikke haft lejlighed til at integrere sig i denne medlemsstat eller til at opbygge et privatliv og et familieliv i denne medlemsstat.

129. Det er i lyset af disse betragtninger, at jeg forstår punkt 3.3 i Kommissionens retningslinjer, hvoraf fremgår, at der skal tages hensyn til de faktorer, der er opregnet i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2004/38, når der vedtages en begrænsende foranstaltning som omhandlet i dette direktivs artikel 27. Dette punkt indebærer efter min opfattelse, at der skal tages hensyn til disse faktorer, for så vidt som de er relevante i et konkret tilfælde.

130. Den tilgang, som jeg foreslår, tager også hensyn til Menneskerettighedsdomstolens praksis, hvorefter den test, der består i at finde en »rimelig balance« mellem hensynene til den offentlige orden og de individuelle interesser, skal anvendes i forbindelse med undersøgelsen af, om en kontraherende stat overholder såvel sine »negative forpligtelser« til ikke at gøre indgreb i en persons ret til privatliv og familieliv ved at udsende den pågældende fra sit område, som sine »positive forpligtelser« til at give den pågældende mulighed for faktisk at udøve denne rettighed ved at tildele ham ret til ophold. Som det fremgår af denne retspraksis, er det i øvrigt ikke muligt at foretage en præcis afgrænsning af disse to kategorier af forpligtelser⁹⁰.

131. Menneskerettighedsdomstolen har i øvrigt allerede behandlet en sag, hvori de faktiske omstændigheder svarede til de faktiske omstændigheder i sag C-366/16. Afgørelsen i sagen K. mod Nederlandene⁹¹ vedrørte foreneligheden med EMRK's artikel 8 af en udsendelsesforanstaltning, som Nederlandene havde truffet over for en afghansk statsborger, der var udelukket fra at blive anerkendt som flygtning i henhold til Genèvekonventionens artikel 1(F), og hvis gennemførelse var blevet udsat. Som det fremgår af denne afgørelse, finder den ovenfor beskrevne test af, om der foreligger en »rimelig balance«, også anvendelse i en sådan sammenhæng.

132. Menneskerettighedsdomstolen har imidlertid blandt de faktorer, der skal tillægges vægt i denne forbindelse, henvist til, i hvilket omfang den pågældende statslige foranstaltning faktisk udgør et indgreb i familielivet. Menneskerettighedsdomstolen har i denne forbindelse bemærket, at den omstændighed, at den pågældende ikke risikerer at blive udsendt fra værtsmedlemsstatens område og dermed heller ikke at blive adskilt fra sin familie, skal tillægges betydelig vægt⁹².

89 – Denne konstatering kan til en vis grad sammenholdes med den konklusion, der fremgår af dom af 9.11.2000, *Yiadom* (C-357/98, EU:C:2000:604, præmis 43), hvorefter en afgørelse om afslag på ophold, der blev truffet over for en unionsborger, efter at den pågældende flere måneder havde opholdt sig på den berørte medlemsstats område i afventning af, at der skulle træffes afgørelse vedrørende den pågældendes ansøgning, ikke kunne sidestilles med et afslag på indrejse som omhandlet i artikel 8 i Rådets direktiv 64/221/EØF af 25.2.1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed (EFT 1964, 56, s. 850), der nu er ophævet. En sådan afgørelse skulle anses for en »afgørelse om udvisning« som omhandlet i dette direktivs artikel 9 og var omfattet af de mest omfattende processuelle garantier. Generaladvokat Léger konstaterede (i forslag til afgørelse *Yiadom*, C-357/98, EU:C:2000:174) til støtte for en sådan tilgang, at »en person, der befinder sig i medlemsstaten – herunder også en person, som afventer lovliggørelse af sin stilling – objektivt set [har] flere muligheder for at knytte sociale, personlige eller erhvervsmæssige bånd end en person, som endnu ikke har passeret grænsen. Han er, kort sagt, mere integreret i værtslandet«.

90 – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 28.6.2011, *Nunez mod Norge* (CE:ECHR:2011:0628JUD005559709, § 68), af 3.11.2011, *Arvelo Aponte mod Nederlandene* (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, § 53), og af 3.10.2014, *Jeunesse mod Nederlandene* (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, § 106).

91 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 25.9.2012 (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, § 42). Menneskerettighedsdomstolen rejste under disse omstændigheder tvivl om, hvorvidt klageren var »offer« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i EMRK's artikel 34, og fastslog, at selv om den pågældende måtte anses for et offer, havde de nederlandske myndigheder ikke begået en fejl i forbindelse med afvejningen af de foreliggende fælles og individuelle interesser.

92 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 25.9.2012, *K. mod Nederlandene* (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, § 47).

133. Dette forhold er efter min opfattelse også relevant i forbindelse med den undersøgelse af, om en begrænsende foranstaltning i lyset af artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38 er forholdsmæssig, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage. Jeg bemærker imidlertid, at de forhold, der vedrører integrationen af den pågældende, har en særlig betydning i forbindelse med anvendelsen af denne bestemmelse, når der henses til de formål, der forfølges med direktiv 2004/38⁹³.

3. Om anvendeligheden af artikel 28, stk. 3, litra a), på en situation som den, K. befinder sig i

134. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (retten i første instans i Den Haag, tingstedet i Middelburg), har anført, at K. havde haft uafbrudt ophold i Nederlandene i mere end ti år på det tidspunkt, hvor den omtvistede afgørelse i sag C-331/16 blev truffet⁹⁴. Denne ret ønsker derfor oplyst, om K. er omfattet af den yderligere garanti mod udsendelse, der er fastsat i artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38, og som også er udtryk for proportionalitetsprincippet⁹⁵.

135. Som det fremgår af 23. og 24. betragtning til dette direktiv, er der med direktivet indført et gradueret system for beskyttelse mod udsendelse, der afhænger af graden af den pågældendes integration i værtsmedlemsstaten. Der opstilles på sin vis en objektiv formodning for graden af integration, der er afhængig af varigheden af opholdet i denne medlemsstat. Jo længere ophold, jo stærkere anses integrationen for at være i værtssamfundet, og jo stærkere anses beskyttelsen mod udsendelse for at være⁹⁶.

136. Med henblik herpå kræver dette direktivs artikel 28, stk. 1, ikke blot, at der i forbindelse med undersøgelsen af, om en udsendelsesforanstaltning er forholdsmæssig, tages hensyn til opholdets varighed, men det foreskrives endvidere i denne artikels stk. 2 og 3, at en person kun kan udsendes af værtsmedlemsstaten, dels når dette skyldes »alvorlige hensyn til den offentlige orden eller sikkerhed« i de tilfælde, hvor den pågældende har opnået ret til tidsubegrænset ophold på denne medlemsstats område, dels når dette er »bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed« i de tilfælde, hvor den pågældende har haft ophold i denne medlemsstat i de ti år, der gik forud for vedtagelsen af en sådan foranstaltning.

137. K.'s situation har en særlig karakter, for så vidt som han havde ophold i Nederlandene, før han fik status som unionsborger som følge af, at Republikken Kroatien tiltrådte Unionen. Som jeg har anført i punkt 123 i dette forslag til afgørelse, synes det endvidere at fremgå af forelæggelsesafgørelsen, stadig med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse, at K. havde ophold i Nederlandene uden at have ret til ophold.

138. Jeg er i denne henseende *for det første* af den opfattelse, at den omstændighed, at denne opholdsperiode lå før Republikken Kroatiens tiltrædelse af Unionen, ikke sig selv er til hinder for, at denne periode tages i betragtning ved beregningen af varigheden af K.'s ophold i Nederlandene i forbindelse med anvendelsen af artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38.

93 – Jf. punkt 119 i dette forslag til afgørelse.

94 – Den nederlandske regering har anfægtet den forelæggende rets gengivelse af de faktiske omstændigheder for så vidt angår den uafbrudte karakter af K.'s ophold i Nederlandene. Det tilkommer denne ret at belyse dette spørgsmål. Når dette er sagt, er Domstolen forpligtet til at tage udgangspunkt i den faktuelle forudsætning, som ligger til grund for forelæggelsesafgørelsen (jf. fodnote 16 i dette forslag til afgørelse).

95 – Jf. i denne forbindelse 23. betragtning til direktiv 2004/38 og Rapport fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet af 10.12.2008 om anvendelsen af direktiv 2004/38/EF om unionsborgernes og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område (KOM(2008) 840 endelig, s. 9).

96 – Jf. generaladvokat Bots forslag til afgørelse Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:322, punkt 45).

139. Domstolen fastslog nemlig i Ziolkowski og Szeja-dommen⁹⁷, at de opholdsperioder, som en tredjelandsstatsborger havde tilbagelagt i en anden medlemsstat, før denne førstnævnte medlemsstats tiltrædelse af Unionen og under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i direktiv 2004/38, med forbehold af eventuelle overgangsbestemmelser i tiltrædelsesakten for denne medlemsstat til Unionen⁹⁸, skulle tages i betragtning med henblik på erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold i den anden medlemsstat i henhold til dette direktivs artikel 16, stk. 1.

140. Det forholder sig ifølge Domstolen således, idet bestemmelserne i direktiv 2004/38 finder anvendelse på nuværende og fremtidige virkninger af de situationer, der er opstået før den medlemsstat, hvori den pågældende er statsborger, tiltrådte Unionen, og dermed før datoen for gennemførelsen af dette direktiv i denne medlemsstat. Denne argumentation gælder efter min opfattelse også i forhold til fortolkningen af det nævnte direktivs artikel 28, stk. 3, litra a).

141. *For det andet*, som den nederlandske regering og Kommissionen har anført, ville den omstændighed, at K. ikke havde en ret til ophold, som gav ham mulighed for at opholde sig lovligt i Nederlandene i henhold til denne medlemsstats nationale lovgivning, såfremt en sådan ret måtte anses for godtgjort, imidlertid efter min opfattelse være til hinder for, at K. kunne påberåbe sig den beskyttelse, der er tillagt ved denne bestemmelse.

142. Det fremgår i denne henseende ikke af ordlyden af artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38, om den opholdsperiode, der giver ret til beskyttelse mod udsendelse i henhold til denne bestemmelse, udelukkende vedrører perioder med lovligt ophold. Denne ordlyd adskiller sig på dette punkt fra ordlyden af dette direktivs artikel 16, stk. 1, hvorefter fremgår, at det kun er en periode med »lovligt ophold« i en uafbrudt periode på fem år, der giver ret til tidsubegrænset ophold, og således ret til den dertil knyttede beskyttelse mod udsendelse, der er fastsat i det nævnte direktivs artikel 28, stk. 2. Som det fremgår af 17. betragtning til direktiv 2004/38, indebærer kravet om lovligt ophold i dette direktivs artikel 16, stk. 1, ikke blot, at den pågældende ikke har været genstand for en udsendelsesforanstaltning, men også, at dette ophold har været i overensstemmelse med de betingelser, der følger af det nævnte direktiv⁹⁹. Domstolen har endnu ikke taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt den opholdsperiode, der stilles krav om for at være omfattet af den beskyttelse, der er fastsat i artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38, også forudsætter, at disse betingelser er opfyldt¹⁰⁰.

143. Jeg vil undlade at tage generel stilling til dette spørgsmål, idet behandlingen af sag C-331/16 udelukkende kræver, at det mere konkret afgøres, om denne opholdsperiode omfatter de opholdsperioder, som den pågældende tilbagelagde, før den medlemsstat, hvori han er statsborger, tiltrådte Unionen, uden at han havde en opholdsret, der gav ham mulighed for lovligt at opholde sig i værtsmedlemsstaten i henhold til denne medlemsstats nationale lovgivning.

144. Dette spørgsmål skal efter min opfattelse besvares benægtende.

97 – Dom af 21.12.2011 (C-424/10 og C-425/10, EU:C:2011:866, præmis 60-62). Domstolen gentog denne konklusion i dom af 6.9.2012, Czap og Punakova (C-147/11 og C-148/11, EU:C:2012:538, præmis 35).

98 – Bilag V i akten om Republikken Kroatiens tiltrædelsesvilkår samt om tilpasning af [TEU], [TEUF] og [Euratomtraktaten] (EUT 2012, L 112, s. 21) giver medlemsstaterne mulighed for som en overgangsforanstaltning at fravige visse bestemmelser i direktiv 2004/38.

99 – Disse betingelser omfatter bl.a. de betingelser, der fremgår af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2004/38, om rådighed over tilstrækkelig midler, således at den pågældende ikke bliver en byrde for værtsmedlemsstatens sociale system. Jf. dom af 21.12.2011, Ziolkowski og Szeja (C-424/10 og C-425/10, EU:C:2011:866, præmis 47).

100 – I den verserende sag C-424/16 (EUT 2016, C 350, s. 19), hvori Domstolen er blevet forelagt et beslægtet præjudicielt spørgsmål, hvorved Supreme Court of the United Kingdom (øverste domstol, Det Forenede Kongerige) har anmodet Domstolen om at oplyse, om den særlige beskyttelse i artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38 afhænger af, at der er erhvervet ret til tidsubegrænset ophold som omhandlet i dette direktivs artikel 16 og artikel 28, stk. 2. Generaladvokat Szpunar foreslog i sit forslag til afgørelse B og Secretary of State for the Home Department (C-316/16 og C-424/16, EU:C:2017:797, punkt 59) at besvare dette spørgsmål bekræftende.

145. Jeg bemærker i denne forbindelse, at artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38, således som det fremgår af 23. og 24. betragtning til dette direktiv, har til formål at beskytte de personer, der faktisk er integreret i værtsmedlemsstaten, mod udsendelse. Denne bestemmelse forfølger et selvstændigt formål om at fremme integrationen af unionsborgerne i Unionen¹⁰¹, som går ud over de garantier, der følger af chartrets artikel 7 og EMRK's artikel 8.

146. Det følger af Domstolens praksis, at det afgørende kriterium for at fastslå, om den pågældende er blevet integreret i værtsmedlemsstaten i så tilstrækkelig høj grad, at vedkommende er omfattet af den beskyttelse, der er indført ved artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38, er spørgsmålet, om denne person har opholdt sig i værtsmedlemsstaten i de ti år, der går forud for afgørelsen om udsendelse¹⁰².

147. Domstolen har imidlertid ikke udelukket muligheden for at tage hensyn til enhver form for kvalitativ faktor i forbindelse med en sådan vurdering. Domstolen fastslog således i G.-dommen¹⁰³, at perioder med fængsling ikke skulle tages i betragtning ved beregningen af den opholdsperiode på ti år, der giver ret til den beskyttelse, der er fastsat i artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38. Det er korrekt, at den manglende overholdelse af nationale regler om udlændinges indrejse og ophold næppe kan sidestilles med begåelsen af en lovovertrædelse. Den tilgang, som Domstolen fulgte, indebærer imidlertid en anerkendelse af, at der om end i meget begrænset omfang kan tages hensyn til visse kvalitative faktorer, der vedrører den grad af integration, der kræves for at være omfattet af denne beskyttelse, i lighed med den beskyttelse, der er en forudsætning for at erhverve den tidsbegrænsede opholdsret, der er indført ved dette direktivs artikel 16, stk. 1¹⁰⁴.

148. Domstolen fastslog i denne forbindelse i Dias-dommen¹⁰⁵, at en periode med ophold på værtsmedlemsstatens område, der var tilbagelagt før ikrafttrædelsen af direktiv 2004/38, uden at den pågældende havde nogen opholdsret, rejste tvivl om den integrationsmæssige tilknytning til denne medlemsstat. Der skulle derfor ikke tages hensyn til en sådan periode i forbindelse med indrømmelsen af tidsbegrænset opholdsret.

149. Denne samme argumentation indebærer efter min opfattelse, at en person, når den pågældende, før denne har erhvervet status som unionsborger, har opholdt sig foreløbigt i værtsmedlemsstaten, selv om dette ikke var tilladt i henhold til denne medlemsstats nationale lovgivning, ikke kan hævde at have opnået en egentlig integration, der giver den pågældende ret til den højeste beskyttelse mod udsendelse, der er fastsat i direktiv 2004/38. Dette gælder så meget desto mere, når den berørte person, som i det foreliggende tilfælde, på det tidspunkt, hvor den omhandlede afgørelse om udsendelse blev truffet, opholdt sig i værtsmedlemsstaten i strid med en foranstaltning om forbud mod indrejse, der tidligere var blevet truffet over for vedkommende.

101 – I dom af 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, præmis 50), fastslog Domstolen, at formålet med at integrere en unionsborger ud over at være i den pågældendes egne interesse også er i Unionens almene interesse.

102 – Dom af 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, præmis 31), og af 16.1.2014, G. (C-400/12, EU:C:2014:9, præmis 23).

103 – Dom af 16.1.2014 (C-400/12, EU:C:2014:9, præmis 32 og 33).

104 – Dom af 21.7.2011, Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, præmis 64), og af 16.1.2014, Onuekwere (C-378/12, EU:C:2014:13, præmis 25).

105 – Dom af 21.7.2011 (C-325/09, EU:C:2011:498, præmis 55 og 63).

V. Forslag til afgørelse

150. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg, at de af Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (retten i første instans i Den Haag, tingstedet i Middelburg), og Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (domstol i udlændingeretlige sager) forelagte spørgsmål besvares således:

- »1) Artikel 27, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF skal fortolkes således, at den omstændighed, at en unionsborger eller et af dennes familiemedlemmer tidligere er blevet udelukket fra flygtningestatus i henhold til artikel 1(F), litra a), i Genèvekonventionen om flygtninges retsstilling, kan tages i betragtning med henblik på en konstatering af, at der foreligger en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse, selv om denne omstændighed ikke automatisk kan begrunde en sådan konstatering, for så vidt som de omstændigheder, der førte til anvendelsen af denne bestemmelse, er udtryk for en personlig adfærd, der udgør en sådan trussel.

Værtsmedlemsstaten er i denne forbindelse forpligtet til at foretage en individuel vurdering af den berørte persons adfærd i lyset af bl.a. de konstateringer, som asylmyndighederne har foretaget vedrørende alvoren af de forbrydelser, som den pågældende foreholdes, graden af den pågældendes personlige medvirken i disse forbrydelser og eksistensen af eventuelle straffritagelsesgrunde.

Den omstændighed, at der ikke foreligger risiko for, at den berørte person i værtsmedlemsstaten vil gentage en forbrydelse af den type, der er omhandlet i Genèvekonventionens artikel 1(F), litra a), og den omstændighed, at der er forløbet et betydeligt tidsrum efter det tidspunkt, hvor sådanne forbrydelser angiveligt blev begået, er ikke i sig selv til hinder for, at det konstateres, at der foreligger en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse.

- 2) Artikel 27, stk. 2, i direktiv 2004/38, sammenholdt med artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at enhver begrænsning, som en medlemsstat måtte foretage af en unionsborgers eller dennes familiemedlemmers ret til fri bevægelighed og ophold, skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og respektere den pågældendes ret til privatliv og familieliv. Denne medlemsstat skal i denne forbindelse foretage en afvejning af dels beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder, der påberåbes til støtte for en sådan begrænsning, dels den pågældendes interesse i at kunne udøve disse friheder og retten til privatliv og familieliv. Den nævnte medlemsstat skal bl.a. tage hensyn til de faktorer, der er nævnt i dette direktivs artikel 28, stk. 1, for så vidt som de er relevante for den konkrete situation.
- 3) Artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38 skal fortolkes således, at den opholdsperiode på ti år i værtsmedlemsstaten, der giver ret til beskyttelse mod udsendelse, som er indført ved denne bestemmelse, ikke omfatter de perioder, hvori en unionsborger, før den medlemsstat, hvori den pågældende er statsborger, tiltrådte Unionen, har haft ophold i værtsmedlemsstaten, uden at have opnået ret til ophold i henhold til denne medlemsstats nationale lovgivning.»